DOXA

7

CUADERNOS DE FILOSOFIA DEL DERECHO

Este número de DOXA quiere ser también un homenaje de amistad a Genaro R. Carrió

Seminario de Filosofía
del Derecho de la
Universidad de
Alicante

Centro de Estudios Constitucionales

Alicante, 1990

Índice

- Presentación
- Sobre necesidades basicas
  - Carlos S. Nino - Autonomía y necesidades básicas
  - Ruth Zimmerling - Necesidades básicas y relativismo moral
  - Javier de Lucas y María José Añon - Necesidades, razones, derechos
  - Andreas Thimm- Necesidades básicas y derechos humanos
- Artículos
  - José Delgado Pinto- Sobre la vigencia y la validez de las normas jurídicas
  - Enrique P. Haba - Racionalidad y método para el Derecho: ¿Es eso posible?
  - Pablo E. Navarro y María Cristina Redondo - Permisiones y actitudes normativas
  - María Pía Lara - La identidad social en Habermas: entre el consenso y la alteridad
- Notas
  - Robearto J. Vernengo - Los derechos humanos como razones morales justificatorias
  - Francisco J.Laporta - Acotaciones del trampolín: respuesta a Roberto Vernengo
  - Carlos S. Nino - Sobre los derechos morales
  - Antonio Enrique Pérez Luño - Seguridad jurídica y sistema cautelar
- Entrevista
  - Carlos S. Nino - Entrevista a Genaro R. Carrió

P R E S E N T A C I Ó N

Con el número 7 de DOXA se inicia la segunda época de la revista que, a partir de ahora, se convierte en semestral. Los cambios de tipo organizativo que anunciábamos en el anterior número se reflejan básicamente en la ampliación del Consejo de Redacción y en la constitución de un nuevo órgano como responsable máximo de la edición de DOXA. *El lector advertirá que ello no lleva aparejados mayores cambios en cuanto a la orientación y estructuración de la revista. De lo que se trata es de imprimir una mayor agilidad a un órgano de expresión creado para estimular la transmisión y discusión de las nuevas ideas iusfilosóficas en nuestro ámbito cultural.*

Este cambio de periodicidad de DOXA, *de todas formas, puede verse como el reflejo de un fenómeno del que conviene tomar consciencia: el fuerte desarrollo en estos últimos años de la filosofía del Derecho en lengua castellana. Y éste es un hecho que tiene -nos parece- no sólo una dimensión cuantitativa (que ponen bien de manifiesto los fascículos bibliográficos publicados anualmente por* DOXA *que, aun recogiendo únicamente lo publicado en España, incluyen unos 130 títulos para 1988), sino también cualitativa. En efecto, en los últimos años no sólo se ha ido produciendo una considerable apertura temática, sino que se ha ido afianzando una práctica de indudable trascendencia: la discusión libre y racional de las ideas; los anteriores números de* DOXA *-y este mismo- contienen, precisamente, un buen número de polémicas y debates que contribuyen a dar viveza a una disciplina que necesariamente ha de ocupar un lugar central en el ámbito de la razón práctica en general y en el de la cultura jurídica en particular.*

En la sección con que se abre este número, el lector se encontrará con cuatro trabajos sobre el tema de las necesidades básicas que constituyen otras tantas ponencias presentadas y discutidas en las III Jornadas sobre problemas de filosofía práctica organizadas por Jorge Malem y celebradas en Tossa de Mar, en

la primavera de 1989. En Autonomía y necesidades básicas*, Carlos Nino reivindica el papel relevante del reconocimiento de las necesidades básicas en el marco de una concepción liberal de la sociedad. Por su parte, Ruth Zimmerling, en* Necesidades básicas y relativismo moral*, defiende una concepción de la moral caracterizada por un «límite superior», la libertad, y un «límite inferior», las necesidades humanas básicas, y que presenta como una discusión con un representante hipotético del relativismo moral. Javier de Lucas y María José Añón (en* Necesidades, razones, derechos*), después de plantear diversos problemas acerca del concepto, alcance y función de la noción de necesidad y acerca de las diversas teorías sobre las mismas, formulan una propuesta de fundamentación de los derechos humanos desde las necesidades básicas, aun reconociendo que las necesidades básicas no permiten establecer directamente la existencia de tales derechos. Finalmente, Andreas Thimm (en* Necesidades básicas y derechos humanos*) defiende la tesis de que la realización de los derechos económicos, sociales y culturales es un proceso social en que el Estado ha de jugar un papel importantísimo, pero que no puede dirigir directamente, y se centra en el problema que supone la relación del «sector informal» con el Estado a propósito de un caso específico: la situación en la ciudad de Lima en los últimos años.*

La sección de artículos de tema libre se inicia con un amplio trabajo de José Delgado Pinto (Sobre la vigencia y la validez de las normas jurídicas) *en que trata de hacer un balance de las contribuciones de los principales teóricos del Derecho del siglo (Kelsen, Ross, Hart y Dworkin) a propósito de estas dos nociones estrechamente ligadas entre sí. La conclusión a la que llega es que estas teorías han contribuido decisivamente a poner al descubierto problemas y a sugerir soluciones, pero falta aún por elaborar una teoría que permita explicar cumplidamente la práctica jurídica. En* Racionalidad y método para el Derecho: ¿Es eso posible? *(la segunda parte de este trabajo se publicará en el próximo número de* DOXA*), Enrique P. Haba arranca de una dilucidación de las nociones de racionalidad y método, a fin de precisar la opción que se le plantea al jurista entre lo razonable y lo racional. El punto de vista defendido por Haba es que en el discurso jurídico -y, en general, en el discurso práctico- debe tratarse de aumentar al máximo el papel de lo racional en sustitución de lo razonable; a lo razonable o a vías hiperlógicas sólo debe acudirse cuando resulta imposible alcanzar una intersubjetividad racional. Los otros dos trabajos que integran esta sección son relativamente breves. En el primero de ellos, Pablo E Navarro*

y María Cristina Redondo (Permisiones y actitudes normativas) *analizan la relación entre los sistemas jurídicos y las actitudes de las autoridades normativas. Mientras que en una situación simplificada (el modelo de Austin) la situación puede describirse sin dificultades, en una situación más compleja surgen muchos problemas a partir del concepto de permisión, de normas permisivas y de derogación que, por otro lado, se conectan con el concepto de sistema deductivo. Finalmente, analizan también la relación existente entre inconsistencia normativa y conflicto de actitudes. En* La identidad social en Habermas*: Entre el consenso y la alteridad, María Pía Lara parte del proyecto habermasiano consistente en construir una identidad social como intersubjetividad, en donde ética y política se entrecruzan. La categoría que articula estas dimensiones de la vida social es -en la obra de Habermas- la formación de la voluntad, y la autora pretende introducir el concepto de phrónesis, en cuanto competencia social, para tratar de encontrar una salida frente a la pluralidad de normas y de valores a que tiene que hacer frente Habermas.*

El apartado de notas se abre con una animada polémica entre Roberto J. Vernengo y Francisco Laporta sobre el concepto de derechos humanos. En Los derechos humanos como razones morales justificatorias*, Vernengo efectúa un análisis crítico de un trabajo de Laporta aparecido en el número 4 de* DOXA *(*Sobre el concepto de derechos humanos*) que se centra en el proyecto de este último de entender los derechos humanos como derechos morales. A la crítica de Vernengo le sigue la réplica de Laporta* (Acotaciones del trampolín: Respuesta a Roberto Vernengo) *y un trabajo de Carlos Nino ajeno a sí mismo a la polémica -aunque incide en la cuestión central de la misma- en el que se hace frente al movimiento de resistencia (de la filosofía jurídica y moral en lengua castellana) a admitir la categoría de* **derechos morales**. *La sección incluye, por último, un amplio comentario de Antonio E. Pérez Luño al libro de José Luis Mezquita,* Seguridad jurídica y sistema cautelar *(Barcelona, 1989).*

Finalmente, este número 7 de DOXA *termina con una entre vista a Genaro R. Carrió, realizada también por Carlos Nino, y en la que el primero contesta a diversas cuestiones relativas al desarrollo de la filosofía del Derecho en Argentina, a su propia concepción de la filosofía del Derecho y al problema de las relaciones entre experiencia profesional y política y actividad teórica.*

SOBRE NECESIDADES BÁSICAS

AUTONOMÍA Y NECESIDADES BÁSICAS

El reconocimiento de necesidades básicas como dato relevante para distribuir bienes, disponer tratamientos, asignar derechos y obligaciones parece dividir aguas entre diversas concepciones de filosofía política. Mientras que los enfoques que parten de una visión teleológica de la naturaleza humana, como el aristotélico -tomista- o el marxismo asumen en forma central ese reconocimiento, el liberalismo, en sus diferentes versiones, parece excluir el reconocimiento de necesidades básicas en favor del lugar central que ocupan los deseos o preferencia en los criterios de distribución propuestos.

El objeto de este artículo es reivindicar el papel relevante del reconocimiento de necesidades básicas en el marco de una concepción liberal de la sociedad.

1. Ante todo es conveniente hacer ciertas aclaraciones sobre el concepto de necesidad básica. Wiggins[1] contesta al economista que le preguntó si una necesidad no es al fin y al cabo un deseo por el que uno no está dispuesto a pagar, diciendo que una necesidad se distingue en forma relevante de los deseos: mientras yo puedo desear comer un plato de ostras, pero no las ostras envenenadas que hay en el plato, el necesitar algo no es intencional, no depende del estado mental del agente, sino de la realidad. Si bien hay un sentido instrumental de necesidad que depende de los deseos del agente, hay un sentido absoluto en que el fin al que la necesidad está condicionada está fijado como parte del concepto. Ese fin es el de evitar un daño que está definido por normas, relativas a ciertas circunstancias, de florecimiento humano. Este tema es retomado por Frankfurt[2] cuando explica el

[1] Ver David Wiggins, «Claims of Need», en *Morality and Objectivity*, T. Honderich, comp., Londres, 1985, pág. 152.

[2] Ver Harry Frankfurt, «Necessity and Desire»...

principio de precedencia de las necesidades sobre los deseos sobre la base de que hay necesidades «categóricas» que no dependen de deseos y que no se puede evitar tener. La privación de estas necesidades constituye un daño que debe distinguirse de la mera ausencia de beneficio que se produce cuando se frustra un deseo. La precedencia de las necesidades sobre los deseos se funda en el hecho de que es peor causar un daño que no dar un beneficio.

Sin embargo, este criterio es objetado en forma convincente por Goowin,[3] quien sostiene que la distinción entre causar un daño y no dar un beneficio se debe al hecho contingente moralmente de si el individuo tenía acceso previamente al bien en cuestión, en cuyo caso su privación constituye un daño, o no lo tenía, en cuyo caso consiste en la mera negación de un beneficio. Por lo tanto, el principio de precedencia de las necesidades sobre los deseos tal como es interpretado por Frankfurt implícitamente favorece el mantenimiento del *statu quo*.

Goowin examina también la posibilidad de defender la precedencia de necesidades sobre deseos sobre la base del principio liberal de autonomía personal. Las necesidades estarían supeditadas al fin de promover la autonomía de la persona. Pero esta posición parece paradójica porque conduce a frustrar deseos previamente formados para proteger la formación de otros deseos. La creación de autonomía no puede ser más importante que el ejercicio de esa autonomía, sino que a lo sumo debe haber un compromiso entre estos dos objetivos.

Aquí llegamos al punto crucial para determinar el papel de las necesidades en el marco de una concepción liberal de la sociedad: las necesidades cuyo reconocimiento es relevante analizar son las categóricas o absolutas, o sea, aquellas que están supeditadas a fines que no dependen de los deseos o preferencias de los agentes. Dado que el valor básico de una concepción liberal de la sociedad es la autonomía personal, esas necesidades deberían identificarse como estados de cosas que son prerrequisitos de esa autonomía. Pero la autonomía personal, como seña la Goowin, tiene dos caras: su *creación* y su *ejercicio*. La primera no depende de los deseos y preferencias de la gente, mientras que la segunda sí depende. Para que las necesidades categóricas tengan un lugar central en una concepción liberal de la sociedad la creación de autonomía debe tener preeminencia sobre su ejercicio. Veamos esta cuestión con más cuidado.

---

[3] Ver Robert E. Goowin, «The Priority of Needs», en *Philosophy and Phenomenological Research*, 45, 1985.

2. Conviene repasar primero brevemente cuál es el alcance y fundamento del principio de autonomía personal en una concepción liberal de la sociedad. Según mi interpretación favorita,[4] la práctica social del discurso moral en cuyo contexto se cuestionan principios y posiciones valorativas como la que estamos discutiendo está dirigida a obtener consenso como una forma de superar conflictos y facilitar la cooperación mediante la libre aceptación compartida de principios que permitan converger en acciones y actitudes. La idea de consenso incluye la noción amplia de autonomía moral que está dada por la libre aceptación de principios para guiar la propia conducta. Esto significa que la participación genuina y honesta en el discurso presupone la aceptación del valor de esa autonomía moral y que se incurre al menos en alguna inconsistencia práctica cuando se participa en el discurso moral para defender algún principio que sea incompatible con ese valor. Pero el valor de la autonomía moral juega en forma diferente según el tipo de principios a cuya libre aceptación se refiere: cuando se trata de principios *intersubjetivos* que juzgan una conducta por los efectos que ella tiene en los intereses de otros, el valor positivo de la aceptación libre de un principio de esta clase puede verse neutralizado por el valor negativo que tiene esa aceptación si el principio justifica conductas que afectan a la autonomía de otra gente. De este modo, el mismo valor de autonomía moral puede justificar coartar la libre elección de principios de conducta cuando ellos se refieren a relaciones interpersonales (cómo se hace un balance entre la autonomía del agente que se limita y la autonomía de otros individuos que resulta promovida depende de principios de distribución de autonomía como los que he denominado los principios de inviolabilidad y dignidad de la persona).[5] Pero lo mismo no ocurre cuando se trata de principios morales *autorreferentes* que juzgan una conducta por los efectos que ella tiene en el carácter o en la vida del propio agente. En este caso el valor de la autonomía moral no puede justificar una restricción de tal autonomía moral (salvo el caso del paternalismo perfeccionista que merece un tratamiento aparte),[6] además de que generalmente resulta autofrustrante imponer principios autorreferentes -ideales del bien personal y planes de vida basados en ellos-, ya que ellos incluyen como componente esencial su adopción espontánea. De este modo, del principio general de autonomía moral

---

[4] Ver *Ética y derechos humanos*, 2.ª ed., Buenos Aires, 1989, cap. 4.

[5] Ver *op cit*., en nota ant., caps. 5 y 6.

[6] Ver *op. cit*., en nota 4, cap. 4.

que está presupuesto en el discurso moral se deriva el principio más específico de autonomía personal que valora la libre elección y materialización de ideales del bien y de virtud personal.

Pero en la última formulación ya emergen las dos caras de la autonomía personal, puesto que es necesario tomar en cuenta tanto la elección como la materialización de concepciones y planes de vida. A primera vista esta oposición parece falsa, ya que cada uno de estos aspectos no tiene valor sin el otro: no tiene sentido elegir planes de vida que no se pueden materializar y no tiene valor, en el contexto de una concepción liberal de la sociedad, materializar planes de vida que uno no ha elegido libremente.

Sin embargo, la oposición es real y se pone de manifiesto tan pronto tenemos en cuenta el dato de la escasez de bienes. Un conjunto finito de bienes puede ser comparado con otro teniendo en cuenta hasta qué punto nos capacitan para elegir planes de vida materializables. También pueden ser comparados teniendo en cuenta hasta qué punto nos permiten satisfacer un cierto plan de vida libremente elegido. El conjunto de bienes que resulta superior en la primera comparación no necesariamente resulta superior cuando hacemos la segunda. Por ejemplo, poseer grados aceptables de educación y formación cultural, buen estado físico, medios económicos decorosos permite un amplio menú de planes de vida, pero quien tiene una superlativa educación y entrenamiento intelectual, aun a costa de su estado físico y de sus medios económicos, puede satisfacer en mayor medida su ambición de dedicarse a la filosofía que quien goza de aquella variedad de recursos moderados.

Esta oposición se da tanto intrasubjetivamente como intersubjetivamente. El enriquecimiento de un individuo en un sentido -sea el de la creación o el del ejercicio de la autonomía- puede implicar su empobrecimiento en el otro. Y la ampliación de las opciones de otros individuos puede provocar que uno tenga menos posibilidades de satisfacer el plan de vida elegido (resintiendo el desperdicio de recursos que otros no usan, pero podrían usar, y que uno aplicaría al proyecto de vida favorecido).

Por supuesto que, dependiendo del dato de la escasez de bienes, esta oposición se pone sólo de manifiesto cuando se encara no simplemente la cuestión del valor de la autonomía, sino la de su distribución. No hay duda que el valor de autonomía implica el valor de la libre elección de planes de vida materializables. El problema es si una distribución igualitaria de ese valor debe operar en la dimensión de la libre elección o en la de la materialización.

3. Frente a la acusación de que centrar el problema de la distribución de acuerdo a su principio de diferencia en los *bienes primarios* es una posición fetichista, ya que nadie valora a los bienes primarios de por sí, sino por la utilidad o satisfacción que prestan, Rawls[7] ha sostenido que basarse en tales bienes primarios es la única manera de hacer a los individuos responsables de sus deseos o preferencias de tal modo que los adopten o no de acuerdo a los recursos disponibles para satisfacerlos. De otro modo, los deseos y preferencias serían tratados como meros hándicaps que hay que indemnizar y a los individuos como meros pacientes de tales deseos y preferencias. Para Rawls ellos no constituyen razones que justifiquen acciones o medidas en el área de la justicia. Reconoce, sin embargo, este autor que su posición exige un tratamiento especial de los verdaderos hándicaps que hay que indemnizar no obstante que no puede darse la razón de que los minusválidos sacan menor utilidad de la misma cantidad de recursos.

En su conocido artículo «Preference and Urgency»,[8] Scanlon adopta la misma posición de defender un criterio *objetivo* sobre la urgencia de ciertas necesidades que no depende de la intensidad de los deseos o preferencias de los individuos. «Mi tesis -sostiene- es que cuando nos proponemos comparar intereses conflictivos con el objetivo de apoyar un juicio moral acerca de cuál interés debe prevalecer, lo que hacemos no es comparar cuán fuertemente la gente siente acerca de esta cuestión (tal como se determina tal vez por lo que ellas están dispuestas a sacrificar para alcanzar lo que quieren), sino inquirimos acerca de las razones por las cuales tales beneficios son considerados deseables.» De lo contrario la gente con gustos tremendamente caros debería absorber buena parte de los recursos que otros individuos usarían para satisfacer en más alto grado preferencias más modestas.

Pero quien ha analizado con más profundidad la oposición entre lo que él llama «igualdad de bienestar» e «igualdad de recursos» es Ronald Dworkin en su extenso artículo «What is Equality?»[9] Allí este autor despliega una artillería extremadamente

---

[7] Ver principalmente su artículo «Social Unity and Primary Goods», en *Utilitarianism and Beyond*, A. Sen y B. Williams comps., Cambridge, 1982.

[8] En *The Journal of Philosophy*, vol. LXXXIII, núm. 19, 1975.

[9] «Part 1: Equality of Welfare», *Philosophy and Public Affairs*, vol. 10, núm. 3, 1981, y «Part 2: Equality of Resources», la misma publicación, vol. 10, núm. 4, 1981.

destructiva en contra de la idea de igualar los niveles de bienestar que la gente puede lograr. Para eso distingue varias teorías del bienestar -del «éxito», basadas en el goce, objetivas, etcétera-. En todos los casos excluye como fuente de bienestar, o sea, como objeto de preferencias o fuente de goce, cuestiones políticas o impersonales, ya que es absurdo que alguien sea compensado por la frustración de sus preferencias o goce, por que la sociedad no adoptó cierto esquema político o cierto valor impersonal por considerarlo incorrecto. Pero aun limitada a las cuestiones personales la teoría del bienestar es defectuosa porque la gente puede asignar diferente valor a la satisfacción de preferencias o al goce y no parece atractivo igualar a la gente en algo que valora desigualmente o compensar a los individuos que va loran menos que otros la satisfacción de preferencias o el placer. Estas teorías deben presuponer algún criterio objetivo como el que toma en cuenta cuando sería razonable lamentarse por la frustración de preferencias, pero estos criterios presuponen algún principio de distribución de recursos.

En cuanto se refiere a tal principio de igualdad en la distribución de *recursos*, Dworkin hace avances sumamente esclarecedores sobre la idea de los bienes primarios de Rawls, como, centralmente, la sugerencia de que la noción de un mercado ideal y de un seguro hipotético es un presupuesto conceptual de la igualdad de recursos. Esto permite encarar más eficazmente cuestiones como la del desperdicio de los recursos no usados para la satisfacción de planes de vida elegidos o la de la compensación de deficiencias físicas o intelectuales. Quizá uno podría avanzar aún más en esta línea de articulación de este principio de igualdad si, como lo propone A. Sen[10] reemplazamos la noción de recursos por algo intermedio entre ellos y la utilidad o el bienestar, que recoge la idea de que los recursos pueden tener diferente valor para los individuos sin que ello dependa de sus gustos o preferencias: por ejemplo, igual cantidad de comida puede tener diferente poder nutricional para distintos individuos. Por eso Sen prefiere poner como objeto de la distribución igualitaria las *capacidades* («capabilities») que están determinadas por el funcionamiento de los individuos.

Pero a pesar de este esclarecimiento conceptual, es notable la falta de argumentos en apoyo de la defensa que estos autores hacen de la igualdad de bienes primarios, recursos o capacidades frente a la igualdad de bienestar o de utilidad, como es explícito

[10] Ver «Capability and Rights», en la colección citada en nota 1.

en el caso de Dworkin cuando advierte que no se propone fundamentar el principio defendido.

El único argumento recurrente en el que estos autores apoyan su predilección por la creación de autonomía sobre su ejercicio, a los efectos de una distribución igualitaria, es el de que los hombres deben hacerse responsables por las consecuencias de sus deseos o preferencias, las que no deben ser tratadas como accidentes o deficiencias. Pero este argumento es insuficiente por dos razones: la primera es que el principio liberal que da relevancia moral al consentimiento en contra del determinismo normativo -principio que yo llamo «de dignidad de la persona»- *permite* tomar a ciertos actos expresivos de consentimiento como antecedente de cargas y responsabilidades, pero no *obliga* a hacerlo, ya que no hay ningún valor positivo que se satisface por el hecho de que cada acto voluntario de los individuos acarree consecuencias. En segundo lugar, y conectado con lo anterior, las consecuencias que se atribuyen a ciertas decisiones o actos voluntarios que son expresión de consentimiento son, en primer lugar, consecuencias *normativas* que ciertas prácticas sociales o reglas jurídicas atribuyen a las decisiones o actos en cuestión aprovechando la permisión moral de hacerlo y en persecución de algún valor substantivo como es la maximización de autonomía. Las consecuencias fácticas que se siguen de ciertas decisiones son supervinientes a estas consecuencias normativas que hay que justificar valorativamente. Por cierto que en este caso no podemos recurrir al valor de autonomía para justificar atribuir a las decisiones de los individuos consecuencias normativas tales que produzcan diferentes niveles de satisfacción de acuerdo al costo social de los recursos, ya que de lo que se está tratando es precisamente de interpretar el valor de autonomía en el marco de un principio de distribución.

4. Creo que la clave para comenzar a completar el argumento anterior se encuentra en la referencia de Rawls al hecho de que los deseos y preferencias no constituyen razones justificatorias de acciones y medidas en el área de la justicia. Pero esto debe verse con especial cuidado. El liberalismo ocupa una posición intermedia e inestable entre dos teorías opuestas que él rechaza: por un lado, la visión perfeccionista de acuerdo a la cual los deseos o preferencias personales no constituyen razón alguna para justificar acciones o medidas y que las únicas razones justificatorias de tales medidas o acciones son las que válidamente, según una cierta concepción verdadera del bien, fundamentan ciertas preferencias personales. La posición opuesta es la utilitarista

que adopta una concepción del bien según la cual hay razones para satisfacer preferencias personales, cualquiera sea su contenido, y tomando en cuenta su alcance e intensidad. De acuerdo a la primera teoría, una preferencia, por, supongamos, hacer un costoso monumento a un dios no tiene ningún título a ser satisfecha si la concepción del bien asumida como válida condena a ese acto -tal vez por consideraciones teológicas- como autodegradante. Según la segunda teoría, esa preferencia tiene tanto título a ser satisfecha como la que se refiere a la comida necesaria para subsistir si el individuo que detenta la primera lo hace con la misma intensidad que el que profesa la segunda.

La posición intermedia del liberalismo parte de asignar un tratamiento opuesto a las preferencias impersonales y políticas, por un lado, y a las preferencias personales por el otro. En cuanto a las primeras deben ser objeto de discusión y decisión pública, presuntamente a través del procedimiento democrático, y sólo en la medida en que, por este medio,[11] se determine su validez deben ser objeto de satisfacción de acuerdo a su contenido y a las razones que apoyan la preferencia en cuestión. En relación a las preferencias personales su reconocimiento como válidas o no, no debe ser objeto de decisión pública y, sin embargo, debe permitirse a sus titulares alcanzar algún grado de satisfacción con independencia de su validez y, por consiguiente, de las razones que las fundamentan.

La forma en que el liberalismo puede obtener el difícil equilibrio entre el perfeccionismo y el utilitarismo es admitiendo que esas preferencias, para ser atendibles, deben presuponer una concepción del bien que incluye a la autonomía como elemento central. Ahora bien, toda concepción del bien que incorpora el valor de la autonomía personal sólo provee razones *relativas* para actuar: razones que tienen un diferente impacto en la justificación de acciones según se trate de la persona cuya vida o carácter es valorada por la concepción en cuestión o de terceros. El principio de autonomía personal provee razones que tienen una relatividad peculiar: Si las razones que subyacen a preferencias personales no son válidas, ni el agente ni terceros están justificados en principio a actuar o a ayudar a actuar para satisfacer esas preferencias. Sin embargo, si el agente *cree* que esas razones son válidas ello, si bien no justifica su propio comportamiento,

[11] Ver *op. cit*., en nota 4, cap. 8, una justificación de la democracia que justifica este tratamiento de las preferencias impersonales.

sí justifica las acciones de terceros tendentes a ayudarlo a actuar de acuerdo a sus falsas creencias. ¿Cómo puede ser que lo que no es razón para el agente sea una razón para los terceros?

Supongamos que sea parte de la concepción del individuo sobre lo que da valor a su vida una cierta visión religiosa que exige determinadas actitudes y comportamientos. Por supuesto que hasta el mismo individuo de que hablamos admitiría que si su visión religiosa fuera falsa sus acciones no estarían justificadas. Para el individuo en cuestión el hecho de que él crea que su concepción religiosa es correcta no cambia la conclusión de que si él estuviera equivocado no tendría razones para justificar sus acciones y actitudes. En cambio, parece que el valor de la autonomía personal implica que los terceros sí estarían justificados a ayudar al individuo a materializar su visión religiosa sobre la base del hecho de que él la sustenta y con independencia de que sea verdadera o falsa.

Si la visión religiosa del individuo fuera verdadera, por su puesto que ciertas acciones y actitudes de su parte estarían justificadas. En cierto sentido, ello es independiente del hecho de que el sujeto crea en esa visión, ya que su validez implica precisa mente la exigencia de que el individuo crea en ella y de que actúe en consecuencia. Pero, en otro sentido, las acciones y actitudes del individuo no serían correctas aun cuando se conformaran con la visión religiosa válida si el individuo no cree en esa validez, ya que en ese caso serían el resultado de la hipocresía o del temor y no realzarían el valor de su vida.

Desde el punto de vista de los terceros esta última condición de que el individuo crea en la visión religiosa válida es necesaria para justificar que lo ayudemos en su materialización bajo el valor de la autonomía personal. Si tal condición no se diera, el ayudarlo a satisfacer la visión religiosa implicaría cancelar su autonomía y conducirlo a realizar acciones que, como vimos, serían incorrectas aun cuando la concepción en cuestión fuera válida.

Esto parece indicar que, mientras para el individuo de que se trate es la validez de las razones subyacentes a sus preferencias personales y no su creencia en tal validez -aunque tal creencia sea condición necesaria de la corrección de su conducta-, lo que justifica sus acciones, para los terceros la justificación para actuar está dada por el hecho de que los interesados crean en ciertas razones que fundamentan sus preferencias personales -lo que es condición necesaria y suficiente para justificar la acción de esos terceros- y no depende en nada de la validez de tales razones.

De aquí aparentemente se sigue que la autonomía proporciona razones relativas para actuar en este sentido: mientras para los interesados es el *aspecto interno* de las preferencias, o sea, la concepción del bien subyacente a ellas en el caso de ser válida, para los terceros es el *aspecto externo* de las preferencias -el hecho de que el individuo involucrado las tiene- lo que provee esas razones.

Esto parece justificar que la acción de terceros como el Esta do no varíe según sea el contenido y alcance de las preferencias, que dependen de las presuntas razones que subyacen a ellas. Si lo único que debe tomar en cuenta el Estado en sus medidas y acciones es el aspecto externo de las preferencias, tales medidas no deben variar sino en función de ese aspecto externo, por ejemplo, tomando en cuenta la intensidad con que se tiene la preferencia. Esto implicaría que la acción estatal al ser ciega respecto de la validez de la concepción del bien que subyace a las preferencias debe ser insensible al costo de su satisfacción y dis tribuir recursos tomando sólo en cuenta el hecho de que los in dividuos tienen preferencias de cierta intensidad. Dado que todos los individuos normales tienen preferencias de grados equivalentes de intensidad -aunque su contenido y alcance varíen de unos a otros- la consecuencia parecería ser que los recursos deben ser distribuidos igualitariamente.

Sin embargo, esta explicación, que según creo está bien orientada, es insuficiente. Los hechos en sí mismos no pueden proveer razones para justificar acciones o decisiones. No obstante que podría sostenerse que los hechos constituidos por el aspecto externo de deseos o preferencias son operativos en virtud del principio de autonomía de la persona, esto no da una explicación de por qué son esos hechos, y no, por ejemplo, los constituidos por la frustración de deseos o preferencias ya formados, los que ese principio convierte en operativos para justificar medidas o acciones. Me parece que una explicación más completa inevitablemente debe profundizar la articulación del valor de la autonomía personal.

5. Veamos qué concepción de la autonomía está involucrada en el enfoque que prescribe que los individuos deben ser tratados igualitariamente en la dimensión que toma en cuenta el resultado del ejercicio de la autonomía. Dado que, de acuerdo a este enfoque, los individuos tendrán igual grado de satisfacción cualquiera sea el plan de vida elegido (lo que variará equitativa mente no sólo por la elección de los individuos, sino también por la de todos los demás), lo que se promueve es el ejercicio de

la imaginación de cada uno sobre cuál sería su plan de vida preferible con independencia de los recursos disponibles. El objeto de valoración es el acto mental de elegir un plan de vida y se pretende proteger esa elección prometiendo al individuo que, cualquiera que ella sea, él alcanzará igual grado de satisfacción. Lo que es propio del individuo es el acto de elección de un cierto plan de vida; una vez que se da esa elección la concreción del plan de vida es algo que involucra a todos, al comprometer la contribución de todos en la provisión de los recursos para que el individuo alcance el mismo grado de éxito o de goce que el resto.

En cambio, en el enfoque que prescribe igualar a los individuos en la dimensión que toma en cuenta las condiciones para elegir planes de vida materializables, lo que se valora no es el acto mental de elección, sino la creatividad del individuo al plasmar su vida de una forma u otra con los recursos disponibles. Esta articulación de la autonomía, que es la que resulta *prima facie* atractiva en contraste con las dudas que despierta el valor de la mera elección con abstracción de los recursos disponibles, requiere poner a la autonomía en el contexto de una concepción del bien más amplia.

Creo que esa concepción no es otra que la vieja noción de la *auto-realización*,[12] que se relaciona con la alusión que hace Frankfurt al florecimiento y que ha sido muchas veces desvirtuada hacia direcciones perfeccionistas por no advertir que ella no es equivalente a realización personal sino a realización autónoma, o sea, a una realización de la que es autor el propio individuo concernido. En el centro de esta concepción del bien personal, está la idea de capacidades rescatada ahora por Amartya Sen. El individuo se auto-realiza en la medida en que actualiza en forma plena y equilibrada sus diversas capacidades. Hay una indefinida variedad de alternativas de desarrollar en plenitud algunas de las capacidades sin obliterar completamente las restantes y lo que se valora es la creatividad de los individuos en la exploración de estas alternativas. Por supuesto, uno de los parámetros que se toman en cuenta para evaluar esa creatividad es el grado de satisfacción de preferencias o de goce que el individuo obtiene con el desarrollo de algunas de sus capacidades. En esta concepción lo que es propio de cada individuo es el curso que da a su vida ejercitando con sus diversos actos una u otra capacidad, mientras que los demás están involucrados en la conformación de sus capacidades iniciales.

---

[12] Ver este punto en mi artículo «Liberalismo versus comunitarismo», en *Revista del Centro de Estudios Constitucionales*, Madrid, 1988.

Esta articulación todavía bastante impresionista del valor de autonomía en el marco de una concepción más amplia del bien personal sugiere que, efectivamente, debemos igualar a los individuos en la dimensión de sus capacidades, lo que implica satisfacer ciertas necesidades básicas. Esto permite, efectivamente, asignar un lugar central a las necesidades categóricas en una concepción liberal de la sociedad, ya que la distribución pública de recursos debe atender a los prerrequisitos para la formación libre de preferencias satisfacibles en algún grado y no tomar en cuenta la satisfacción de preferencias libremente formadas en algún grado. Las necesidades básicas están sólo condicionadas por la razón proporcionada por el principio de autonomía personal que, por supuesto, no depende de las preferencias de los individuos. Sólo de este modo promovemos la creatividad de los individuos en la plasmación de su vida, que no es un mero ejercicio inicial de la imaginación, sino que consiste en una virtud que se manifiesta en todas las opciones que hacemos en el curso de nuestra vida, dadas ciertas condiciones preexistentes que no se van adaptando a cada una de esas decisiones.

También esta articulación implica confirmar que la autonomía es parte de una concepción más amplia del bien personal y que, en consecuencia, cuando promovemos a aquélla no estamos siendo neutrales frente a diversas concepciones del bien. Lo que ocurre es que precisamente por ser la autonomía un componente central del bien de la auto-realización el reconocimiento de este bien tiene un impacto diferente en el razonamiento práctico del agente y de terceros, proveyendo, como vimos antes, razones relativas. La relatividad de las razones que provee el bien de la auto-realización se expresa en términos que aluden a las necesidades básicas: mientras que los terceros, incluyendo el Estado, deben atender a la satisfacción de las necesidades de los individuos, o sea, a una maximización igualitaria de sus capacidades, sólo compete a cada individuo el ejercicio de esas capacidades en cualquiera de las múltiples alternativas que ellas ofrecen (por supuesto siempre que no afecten a igualdad en las capacidades de que gozan otros individuos). Si bien el ejercicio que los individuos puedan hacer de sus capacidades resulta muchas veces insuficiente o desequilibrado, cualquier intervención de terceros para ayudarlo a superar esas deficiencias, frustraría el bien de la *auto-realización*.

Sin embargo, es claro que hay una precedencia y no una exclusión de las necesidades sobre las preferencias en la distribución de recursos o capacidades: toda versión del liberalismo asigna un lugar importante a las transacciones que los individuos

puedan hacer, para satisfacer en más alto grado las preferencias adoptadas, con los recursos sobrantes que no son necesarios para esa satisfacción, pero que le fueron asignados como prerrequisitos para ampliar su menú de preferencias. Esto es así sea porque un mercado ideal o real es un presupuesto conceptual de la idea de igualdad de recursos -como en el caso de Dworkin-, o sea, porque el principio de dignidad de la persona permite tomar en cuenta el consentimiento en el marco de instituciones como el mercado que pueden ser instrumentalmente adecuadas para maximizar el valor de autonomía igualitaria mente distribuida.

6. Hay, no obstante, una consideración adicional para que las necesidades básicas tengan un papel prioritario en una concepción liberal de la sociedad. Si se adoptara el principio de igualdad en el ejercicio de la autonomía, o sea, en el grado de satisfacción de preferencias personales, cada individuo sufriría en su propia vida el impacto de las preferencias personales de otros individuos. Un individuo, por ejemplo, podría decidir ser poeta tomando en cuenta que, dada la configuración de preferencias existentes en su sociedad, tendrá un grado x de satisfacción; luego ocurre que una gran cantidad de individuos adoptan preferencias muy costosas, por ejemplo, la de ser astronautas, que baja el grado general de satisfacción a x-n. Dado que la vida de cada individuo resultaría afectada no sólo por sus propias preferencias personales, sino también por la de los demás, se desvanece la idea de independencia y separabilidad de los individuos que subyace al principio de inviolabilidad de la persona. Esta idea asume que las preferencias personales tienen un ámbito de validez personal que está dado por la vida de cada individuo.

El presupuesto liberal que conduce al principio de inviolabilidad de la persona es que la vida de los individuos no debe ser afectada por decisiones de otros salvo que estén fundadas en principios intersubjetivos justificados, o sea, que sean el producto de preferencias impersonales válidas.

De este modo, el reconocimiento de necesidades básicas como dato moral relevante para la distribución igualitaria sirve de escudo de protección del individuo frente a las decisiones y preferencias de otros.

Esto permite mostrar que hay una relación entre el principio de autonomía personal y el de inviolabilidad de la persona, ya que mientras el primero estipula que la vida de un individuo sólo debe estar afectada por sus preferencias personales, además de

por accidentes no compensables o por acciones o decisiones fundadas en principios intersubjetivos válidos, el segundo principio proscribe que la vida de un individuo esté afectada por preferencias personales de otros individuos; es obvio que esta segunda idea está implicada por la primera. Esto tal vez muestre que los dos aspectos distintivos del utilitarismo -su carácter agregativo y su concepción del bien como satisfacción de preferencias- tal vez no sean independientes; si las preferencias dieran razones para actuar que dependen de su contenido y alcance, la vida de un individuo estaría tan afectada por sus propias preferencias personales como por las de los demás.

De este modo, el concepto de necesidades básicas no sólo sería central en una concepción liberal de la sociedad, sino que haría de puente -al permitir su satisfacción simultánea- entre las dos ideas básicas del liberalismo: la de que los fines de los individuos deben ser respetados y la de que todo individuo es un fin en sí mismo».[13]

[13] Le agradezco a Carlos Rosenkrantz las discusiones esclarecedoras que hemos tenido sobre los temas tratados en este artículo.

NECESIDADES BÁSICAS Y RELATIVISMO MORAL[1]

I. *Una propuesta de discusión, dirigida al relativista*

Hablar sobre el relativismo moral parece ser poco atractivo si no puede ser, al mismo tiempo, una discusión con el relativista moral (RM). Para darle a éste mayor motivo de participar en tal discusión, tal vez sea conveniente recordarle primero la base en que fundamenta su posición.

La característica común de los distintos tipos de RM parece ser que todos ellos sostienen que lo que es moralmente bueno o malo no puede ser establecido definitivamente sino que «depende»:

-depende, para unos, de lo que una *persona* acepta como criterios éticos *para sí misma*; sostienen, entonces, que ninguna persona puede juzgar moralmente a otra, es decir, que no puede haber evaluaciones morales interpersonales;

-depende, para otros, de lo que un *grupo de personas* (sociedad, comunidad) acepta como criterios éticos para sí mismo; sostienen, por ello, que puede haber evaluaciones morales interpersonales, pero sólo «intra-grupo» y no «inter-grupo»;

- o depende, por último, para otros, de lo que una persona o grupo acepta como criterios éticos no sólo para sí mismo, sino también para la aplicación universal, pero con la reserva de que estos criterios son siempre subjetivos y no pueden ser justificados sobre la base de algún criterio objetivo.[2]

---

[1] Versión revisada de una conferencia leída en ocasión de las Jornadas sobre Necesidades Básicas: Ética y Derecho, en Tossa de Mar, 21 y 22 de abril de 1989. Agradezco a Ernesto Garzón Valdés sus comentarios benévolamente críticos a una versión preliminar y sus propuestas constructivas de las que, sin vergüenza, me he servido libremente; a Jorge Malem, la oportunidad de exponer mis ideas ante un público filosófico español; y a los participantes en la discusión, sus estimulantes contribuciones.

[2] Las tres variantes presentadas corresponden al «personalismo», al «relativismo» en sentido estricto y al «universalismo subjetivo», respectivamente, según la clasificación de *Fishkin*, 1984, págs. 18 y sigs.; cfr., para una versión castellana, *Fishkin*, 1986.

Como los juicios morales dependen, pues, para el RM, del punto de vista ético de cada cual, y no se aceptan criterios de decisión entre puntos de vista diferentes, la conclusión del RM es que cualquier punto de vista puede (y debe) ser aceptado como válido.

En cualquiera de estas posiciones, un RM dispuesto a acep tar una argumentación racional debería sentirse algo incómodo. Y ello, obviamente, no por razones morales, sino por un gran inconveniente extra-moral del relativismo moral: estas posiciones, en la medida en que infieren, a partir de premisas relativistas, un principio de tolerancia universal frente a otras posiciones éticas, es decir, un principio ético no relativista, son lógicamente inconsistentes.

Para restablecer la consistencia, le quedan dos opciones al RM: o bien se proclama escéptico total, o hasta amoralista, en el sentido de negar la posibilidad de cualquier juicio moral y la existencia de valores. En este caso, por supuesto, rechazará la invitación a la discusión ética. O bien acepta la invitación a discutir, exigiendo que se le muestren vías racionalmente aceptables que eventualmente pudieran permitirle superar los límites de su posición relativista.

II. *En búsqueda de un criterio fundamental objetivo y universal*

Para dar sentido al diálogo ético con alguien que obviamente no está dispuesto a sostener que los juicios morales son racionalmente incuestionables, es preciso empezar con una investigación de los *prerrequisitos mínimos* para una discusión ética -empezar, por así decirlo, «desde abajo»-.

Hablar de moral en un mundo abstracto o vacío no tiene ningún sentido. El concepto de «moral» está íntimamente vinculado con un mundo poblado por *seres humanos* que, por un lado, tienen la capacidad de controlar sus acciones a través de la reflexión y la decisión y, por otro, prácticamente no pueden evitar afectar a otros individuos con sus acciones, es decir, disminuir la capacidad de éstos de controlar y decidir el curso de sus propias vidas. El objetivo básico de la moral puede ser interpretado justamente como el de determinar en qué medida el ejercicio de la capacidad de decisión y acción de unos puede, o incluso

debe, ser restringido en aras de la capacidad de decisión y acción de otros, para así encontrar una vía media entre el «anything goes» de la libertad absoluta para el ejercicio sin restricción alguna de la capacidad indicada, y el «nothing goes» de la libertad absoluta de intervenciones en esta capacidad por parte de otras personas. De «moral» se puede hablar sólo en el sentido de esta vía media, ya que en el primer caso, la libertad no daría lugar a *ninguna restricción* de la acción humana, y en el segundo, a *ninguna acción* que pudiera ser restringida.

La solución perfecta del problema de establecer los criterios o principios básicos para efectuar evaluaciones morales en este sentido sería, sin duda, que ellos se pudieran deducir lógicamente de las propiedades empíricas de las personas, sin tener que recurrir, para su fundamentación última, a ninguna premisa normativa.

Un esfuerzo valioso en esta dirección es el ya clásico trabajo de Alan Gewirth *Reason and Morality*, (1978), en el que se pretende demostrar que de la naturaleza del ser humano en tanto «agente que persigue fines» (*purposive agent*) se deduce, so pena de autocontradicción, el derecho de todo ser humano a los bienes necesarios para perseguir algún fin. El motivo para esta empresa de Gewirth era, desde luego, la imposibilidad de los intentos inductivos de fundamentar, sin dejar lugar a dudas o discusiones, los principios básicos de la moral.[3]

Del trabajo de Gewirth se pueden, por cierto, aprender muchas cosas sobre la relación entre la naturaleza humana y la moral, pero las críticas que se le han hecho revelan claramente que no ha logrado su objetivo, es decir, la fundamentación deductiva concluyente, y por ello racionalmente incuestionable, del derecho a la libertad y al bienestar que, según él, son los «bienes necesarios» para cualquier agente en tanto tal.[4]

Como otro «fracaso glorioso», de años más recientes, se puede mencionar el caso de David Gauthier (1986), quien también ha tratado de fundamentar la moral en una base puramente racional. El fracaso de Gauthier, a diferencia del de Gewirth, reside en que, hacia el final de su trabajo y casi imperceptiblemente, introduce un «normative byte», bajo la forma de la «cláusula cautelar de Locke», que prohíbe a uno mejorar su situación a través de interacciones que empeorarían la situación de otro, para poder así pasar de la libre persecución de preferencias individuales

---

[3] Cfr. Gewirth, 1978, pág. 21.

[4] *Ibíd*., pág. 63; cfr. también *Gewirth*, 1984. págs. 15 y sigs.

(un estado hobbesiano) a unas restricciones de la acción que conducen a una situación (un estado lockeano) que merece el nombre de «moral».

En realidad, los fracasos de esos intentos -y otros similares- no son muy sorprendentes, ya que persiguen un fin tal vez excesivamente ambicioso: lo que pretenden hacer es, en última instancia, saltar la brecha entre lo fáctico y lo normativo, deduciendo prescripciones para la acción humana a partir de las descripciones de propiedades naturales o preferencias de los individuos.

Dado que la posibilidad de una deducción válida de este tipo es muy improbable,[5] más vale admitir frente al RM que la única vía que nos queda es la de pasar del ámbito de los hechos al ámbito de los valores *antes* de empezar el razonamiento ético, para que éste pueda seguir siendo un razonamiento deductivo. Lo que necesitamos, entonces, es un punto de partida, una especie de «axioma» o «premisa» ética que debe ser aceptada sin justificación ulterior y que, por ello, siempre puede ser objeto de discusión, es decir, siempre es racionalmente cuestionable. Admitir esto no equivale, desde luego, a la adopción de una posición subjetivista: Entre el subjetivismo y una posición ética que se supone racionalmente incuestionable hay lugar, como lo ha mostrado Fishkin, para otras posiciones no subjetivistas, como por ejemplo, lo que él llama el «objetivismo mínimo.»[6]

No es posible, pues, buscar un punto de partida plausible fuera del ámbito de la moral, sino que hay que buscarlo, por así decirlo, en el borde de ella, es decir, en la noción misma de «moral». Tiene que ser «en el borde» porque la esperanza de que algún criterio normativo pueda resistir la discusión con el RM aumentará en la medida en que se reduzcan sus prerrequisitos. Por ello, lo más razonable parece ser buscar un criterio que se aleje lo menos posible del presupuesto dado por la empresa moral misma. Si ésta se entiende como referida a la acción -y sobre todo, a la interacción- humana,[7] se podría pensar en criterios vinculados directamente con la idea de que la moral aspira a formular reglas de convivencia para seres humanos que persiguen fines y, por ello, presupone la existencia de estos agentes

---

[5] Ahora más que nunca, porque los fracasos mencionados no pueden, por cierto, atribuirse a una falta de ingeniosidad de los autores.

[6] *Fishkin*, 1984, pág. 17.

[7] Cfr., por ejemplo, *Gewirth*, 1984, pág. 12, donde afirma: «All moral precepts... are concerned with how persons ought to *act* toward one another... The independent variable of all morality, then, is human *action*.»)

humanos. La moral, por lo tanto, no puede ser concebida sin presuponer la existencia de sus sujetos. Mientras no se disponga de otro criterio más convincente, se podría pensar, entonces, que el valor básico que puede servir de punto de partida es justamente la existencia del ser humano en tanto agente. De aquí, se pueden inferir al menos dos posibles criterios básicos.

Como la función de las reglas morales es imponer restricciones a la acción libre, uno de ellos podría ser un «*prejuicio*» *en favor de la libertad*: Restringir algo implica pensar que, antes de imponerse la restricción, existe algo irrestricto; pensar que la restricción requiere una justificación parece implicar, a su vez, una inclinación normativa, aunque sea en un sentido débil, a la irrestricción. Esta inclinación, es decir, justamente el «prejuicio» en favor de la libertad, daría una especie de *límite superior* para la moral. Por el otro extremo, para delimitar el *límite inferior* del campo de la moral, el criterio básico podría ser un «*prejuicio*» *en favor de la pervivencia del agente humano*, es decir, en favor de mantener aquellas condiciones que son necesarias para que el ser humano pueda realmente actuar como agente, y en este sentido ser sujeto de la moral. Dicho con otras palabras: para que tenga sentido hablar de moral hay que presuponer, por un lado, la existencia de seres humanos capaces de actuar libremente, y, por otro, que estos seres puedan también seguir actuando. Esta concepción de la moral delimitada por criterios que sirven de «límite superior», por un lado, y de «límite inferior», por otro, será la idea central subyacente a lo que expondré a continuación.

Los dos aspectos mencionados -el de la «libertad» y el de las «condiciones necesarias» para la pervivencia del agente humano- creo que difícilmente pueden ser rechazados como candidatos serios para funcionar como criterios fundamentales de la moral. No puede aducirse que se basan en premisas arbitrarias, no razonables, o que van más allá del mínimo absolutamente necesario de normatividad para poder tan sólo empezar una discusión ética. Veamos entonces un poco más de cerca estos dos candidatos.

Ya que el RM revela, justamente por ser tal, una preferencia al respeto de la libertad de los demás (¿por qué les concedería libertad en asuntos morales si no tuviera un «prejuicio» en favor del respeto básico de su libertad en general?), y para facilitarle las cosas un poco en esta segunda etapa de la discusión, conviene empezar con el criterio de la libertad y ver, por lo pronto, en qué medida los campeones de la libertad -los teóricos liberales- han podido contribuir a la discusión con el RM.

III. *La contribución de las teorías liberales a la discusión*

La insistencia de las teorías liberales en el criterio fundamental de la libertad es algo que, indudablemente, debería gustar al RM. Lo que, en cambio, debería serle más difícil de aceptar es la insistencia de algunos teóricos liberales en los derechos que presumiblemente se infieren de la libertad. Por ello, es conveniente ver primero hasta dónde se puede llegar con el criterio único de la libertad.

Como hemos visto, la práctica social -el objeto predilecto de la ética- siempre se encuentra en cierta tensión con la libertad individual. Algunos de los aportes más avanzados de la teoría liberal han tratado de reducir esta tensión a través de la concepción de una «sociedad justa» que parte de la consideración igual e imparcial de los intereses o los deseos de cada individuo perteneciente a la sociedad, para la determinación de las reglas básicas que deben regir la práctica de esta sociedad. Ello ha llevado, en años recientes, al resurgimiento de posiciones contractualistas, que son tal vez el mejor ejemplo de aplicación del criterio de la libertad individual.

Las posiciones contractualistas se pueden dividir básicamente en dos versiones: una variante que postula que el consenso en que se basa el contrato debe ser fáctico; y otra, que piensa más bien en un consenso hipotético.

El *consenso fáctico* no sirve de mucho para aliviar el problema del relativista; al contrario, conduce a un problema muy parecido, ya que no admite ningún criterio objetivo para juzgar moralmente la práctica social, sino que se basa en las actitudes subjetivas, es decir, en las *preferencias*, de los individuos que constituyen una determinada sociedad. El postulado del consenso fáctico es, pues, él mismo relativista y tiene, por ello, el mismo inconveniente: Establece un criterio universal, el principio procedural del consenso fáctico; pero con ello sanciona un total relativismo de resultados, es decir, no tiene ningún criterio sustancial para evaluar actos o estados de cosas. Ni siquiera puede juzgar como moralmente inaceptable un resultado que reduzca o elimine la libertad misma de los individuos, siempre que se haya obtenido a través de un consenso fáctico.

Por eso, si realmente se insiste en la libertad de los individuos, debería haber, al lado del criterio procedural que exige tomar en cuenta para el consenso a cada cual con sus preferencias individuales, al menos un criterio sustancial que establezca que son moralmente aceptables sólo aquellos resultados, basados en un consenso, que, al mismo tiempo, no tienden a eliminar

la libertad de nadie. Para incorporar un criterio de este tipo en el marco del consenso, se ha recurrido a la idea del *consenso hipotético*.

Uno de los partidarios contemporáneos más importantes del consenso hipotético ha sido, como es bien sabido, John Rawls. A fin de evitar que el consenso se base en actitudes «subjetivas», como lo son las preferencias contingentes de los individuos, Rawls se sirve de una ficción que asegure la eliminación de cualquier deseo o interés particular. Lo que les queda a los individuos son, consiguientemente, sólo preferencias basadas en los intereses «genéricos» de cualquier agente libre. Pero, ¿en qué podrían consistir tales intereses «genéricos» y cuáles serían las preferencias -ya no contingentes, sino en cierto modo «necesarias»- que de ellos se infieren? Según Rawls, prescindiendo de intereses particulares, un individuo optaría por aquellos «bienes primarios» que percibe como imprescindibles para poder perseguir algún plan de vida.

El consenso hipotético bajo tales circunstancias conduciría, entonces, a un par de principios básicos para la organización de la sociedad que, en última instancia, no tienen otro objetivo que el de reconciliar la libertad de cada cual con una especie de «claim-right», también de cada cual, a la satisfacción (lo más completa posible) de sus necesidades de determinados tipos de bienes.[8]

Llegados a este punto, cabe destacar dos aspectos de la concepción de Rawls: primero, su insistencia en la imparcialidad con la que hay que tomar en cuenta los intereses de cada individuo. Parece que detrás de ella se esconde justamente lo que más arriba he llamado el «punto de partida», o lo que el propio Rawls llama el «punto de vista moral»: un «prejuicio» en pro del agente humano como sujeto de la moral.[9] Si el aspecto del ser humano que básicamente importa para la moral es su característica de ser agente libre, se vuelve plausible el postulado de la imparcialidad.

En segundo lugar, llama la atención el que, manifiestamente, ya no hace falta ningún «consenso»: el propio Rawls se siente perfectamente autorizado para predecir cuáles serían los principios «consentidos», con sólo argumentar racionalmente a partir de la situación ficticia mentalmente establecida por él; y tanto los partidarios como los críticos se han sentido también autorizados

---

[8] Rawls, 1971, §§ 11 y 15.

[9] *Ibídem*, esp. pág. 120; cfr. también §§ 4 y 77.

para discutir la validez de sus conclusiones, sin hacer referencia a ningún «consenso», sino tan sólo a partir de sus respectivas reflexiones acerca de la plausibilidad del «punto de vista moral» sostenido y de los principios que pueden inferirse de él. Las conclusiones, desde luego, han sido divergentes, pero nunca se ha aducido que el resultado, en cualquier caso, no puede ser conocido, por depender de algún «consenso».

En efecto, el «consenso hipotético», en tanto «hipotético» parece perder todo sentido de «consenso».[10] Aunque la idea del «consenso hipotético» haya servido para aclarar en qué dirección debe procederse después de abandonar el consenso fáctico, no sirve realmente de criterio para la fundamentación ética. El proyecto de Rawls, al utilizar la noción del consenso hipotético, no constituye una fundamentación ética que «dependa» de criterios subjetivos, sino justamente una fundamentación basada en un criterio sustancial expresamente construido para ser objetivo y universal. Pero si se cuenta con un criterio tal, ya no es necesaria la idea de consenso. Lo importante ahora es más bien la coherencia de la argumentación:

El teórico liberal, si toma en serio su criterio básico de la libertad individual, y si rechaza el recurso al consenso fáctico por implicar problemas parecidos a los del relativismo, si quiere llegar a una solución coherente con su propia premisa tiene que aceptar, entonces, un criterio sustancial que sirva para asegurar que la libertad tan apreciada no sea una «libertad inútil» y que, sobre todo, no corra el peligro de perderse en el acto de ser ejercida.

El compromiso con la libertad, sin embargo, no obliga a aceptar sólo un criterio que restrinja la libertad en la menor medida posible, es decir, sólo en la medida necesaria para asegurar que la libertad no se pierda totalmente. El criterio debe impedir justamente que, a través de un consenso fáctico, se pudiera justificar moralmente el que se prive a algún miembro de la sociedad de su libertad o, dicho de otra manera, de su capacidad de decidir entre alternativas y de la posibilidad general de llevar a cabo lo decidido (siempre que no afecte la libertad de otra persona). En este sentido, el nuevo criterio buscado es justamente un criterio para evaluar moralmente los consensos fácticos.

Lo dicho hasta aquí permite concluir que con el único criterio de la libertad no se puede avanzar muy lejos en el campo de

---

[10] Cfr. al respecto las advertencias del propio Rawls, 1971, pág. 16, acerca del sentido limitado del término «contrato».

la moral. Los individuos requieren, para poder gozar de ella y ejercerla, también los medios necesarios. Del criterio de la libertad surge, pues, una *necesidad práctica* de otro criterio básico que lo acompañe y proteja. Dicho con otras palabras: fijar un «límite superior» del campo de la moral no tiene mucho sentido si no se fija también un «límite inferior». Veamos, pues, en qué medida el otro candidato propuesto como criterio fundamental para la moral puede servir aquí de contrapartida.

IV. *El concepto de «necesidades básicas» como criterio objetivo y universal para fijar el «límite inferior» de la moral*

El concepto de «necesidades básicas» parece ser el candidato que merece atención prioritaria en esta nueva etapa de la discusión, y ello por varias razones.

Por un lado, históricamente, la idea de la fuerza normativa de las necesidades humanas, al menos desde los tiempos de Marx, ha sido reconocida como el competidor más fuerte de la idea de la libertad, en las discusiones acerca de qué es una sociedad justa. Cuando la idea de la libertad no permite avanzar más, parece, pues, casi obvio recurrir al concepto de las necesidades para ver si puede llevarnos un poco más adelante.

Por otro lado, como ya hemos visto, tanto Gewirth en su proyecto racionalista como Rawls en su proyecto basado en el criterio de la libertad pronto se vieron obligados a tomar en cuenta algo que podría interpretarse como «necesidades básicas»: Gewirth postula un derecho universal a los «bienes necesarios» para perseguir algún fin; Rawls, un principio que debe asegurar a cada cual la provisión más completa posible de los «bienes primarios» necesarios para perseguir algún plan de vida. El hecho de que autores de la estatura intelectual de estos dos no hayan podido prescindir de «bienes primarios» o «necesarios» es tal vez un argumento aún más fuerte que el primero, en favor de lo que a partir de ahora llamaré *necesidades básicas*.

Además, es un aspecto interesante el que hasta partidarios del subjetivismo ético se han pronunciado a veces en favor de criterios morales basados en propiedades naturales de los seres humanos. Entre ellos, se pueden citar, por ejemplo, Norbert Hoerster y Bernard Williams:

> «Para quienes como yo niegan la posibilidad de un conocimiento normativo, sobre todo de un conocimiento moral, puede haber sólo una forma subjetivista de fundamentación... Esta posición inicial

no tiene por qué conducir necesariamente al caos ético... *Es evidente que para un principio de fundamentación de este tipo tienen la mayor relevancia los datos empíricos sobre los hombres*»[11]

«Ver el mundo desde un punto de vista humano no es una cosa absurda para seres humanos... lo que importa es la relevancia de los seres humanos para otros seres humanos... Nuestros argumentos tienen que basarse en un punto de vista humano; no pueden ser derivados de un punto de vista que no sea el punto de vista de nadie... *El proyecto de fundamentar de manera objetiva y precisa la vida ética en consideraciones acerca de la naturaleza humana* no tiene, en mi opinión, una gran probabilidad de éxito. Pero, de todos modos, es un proyecto comprensible, y creo que representa la única forma inteligible de objetividad ética en el nivel reflectivo».[12]

Además de estas razones «filosóficas», se podría aducir también, en favor del criterio de las necesidades básicas -para quienes siguen interesados en el consenso fáctico- la ventaja práctica de que se trata de un concepto ampliamente reconocido como criterio normativo fundamental. Es así hasta el punto de que muchas veces se utiliza la adscripción de necesidades humanas básicas -es decir, la constatación de hechos empíricos acerca de los seres humanos- *como si* eso fuera ya la reivindicación imperativa de un derecho. Es decir, la existencia de la necesidad es tomada sin más como razón suficiente para reclamar su satisfacción.

Ejemplos de ellos se encuentran en una obra colectiva publicada en 1980 bajo el título *Human Needs. A Contribution to the Current Debate*.[13] Este libro, desde la perspectiva de las «estrategias de necesidades básicas» en el marco de las teorías y políticas de desarrollo, contiene contribuciones a la discusión acerca de cuáles son las necesidades humanas y cómo hay que proceder para satisfacerlas; contribuciones que casi todas -con la notable excepción de un artículo que Agnes Heller en el que se recurre al

[11] Hoerster, 1984, pág. 111; subrayado de R. Z.

[12] Williams, 1985, págs. 118 y sig., y 153; subrayado de R. Z.: «To see the world from a human point of view is not an absurd thing for human beings to do... the point is about the importance of human beings to human beings... Our arguments have to be grounded in a human point of view; they cannot be derived from a point of view that is no one's point of view at all... The project of giving to ethical life an objective and determinate grounding in considerations about human nature is not, in my view, very likely to succeed. But it is at any rate a comprehensible project, and I believe it represents the only, intelligible from of ethical objectivity at the reflective level.»

[13] Lederer, et al., 1980.

imperativo categórico de Kant- infieren, explícita o implícitamente, de la *existencia* de ciertas necesidades el *derecho* a su satisfacción.

Como un caso algo sorprendente de una inferencia del mismo tipo hay que mencionar también a David Braybrooke, quien, en su -por otra parte, excelente- libro *Meeting Needs* (1987), a pesar de su análisis detallado de las ventajas e inconvenientes del concepto de las necesidades humanas, y a pesar, sobre todo, de que insiste más de una vez en que las necesidades son datos empíricos, respecto a la dimensión normativa se contenta con afirmaciones como:

> «La normatividad no es algo que se confiere a la necesidad desde afuera... ya está en ella... esto es verdad para toda necesidad, sin que importe que sea básica o derivada, y que sea mayor o menor su dependencia de las convenciones. Por el mero hecho de ser afirmada y reconocida, adquiere fuerza normativa... el paso del «ser» al «deber ser» ocurre dentro del oficio que cumple».[14]

De aquí, falta sólo un paso bastante corto para ahorrarse todo problema y llegar al derecho por simple fiat:

> «Una vía más directa para derivar derechos de las necesidades es definir los derechos humanos como reclamaciones justificadas a la satisfacción de necesidades importantes».[15]

Pero el precio que se paga por querer establecer así el derecho a la satisfacción de las necesidades es la pérdida de estas mismas necesidades en tanto datos empíricos referidos a seres humanos reales, por lo que esta vía resulta ser un callejón sin salida.

Más vale, entonces, volver a las razones filosóficas del tipo mencionado más arriba. Uno de los intentos más recientes de fundamentar la moral en las necesidades humanas lo encontramos en el *Treatise on Basic Philosophy* de Mario Bunge (1988). En el volumen 8 de este Tratado, bajo el título *The Good and*

---

[14] Braybrooke, 1987, pág. 111: «The normativity is not something conferred on the need from the outside... it is there already... this is true of every need, basic or derived, however little or great its dependence on conventions. Just by being asserted and recognized as a need it has a normative force... the passage from «is» to «ought» occurs within the office that it performs.»

[15] Gewirth, 1984, pág. 7: «A more direct way of deriving rights from needs is to define human rights as justified claims to the fulfillment of important needs», como ejemplo, cita a Susan Moller Okin.

the Right, Bunge justifica su concepción justamente con el argumento de que no tiene sentido hablar de moral sin tomar en cuenta los agentes humanos en tanto sujetos de la moral. Así, pretende explícitamente cerrar la brecha entre los hechos y los valores, aduciendo que los valores -que son, efectivamente, valores *humanos*- no existen independientemente de las necesidades y los deseos humanos y que, por ello, también la ética puede basarse sólo en la consideración de estas necesidades y deseos. A continuación, Bunge establece con respecto a los deseos de una persona que ellos son «legítimos» y pueden ser libremente perseguidos sólo en la medida en que no impidan la satisfacción de las necesidades de otras personas.[16] Ello significa que este autor sostiene un principio básico muy parecido al «Principio de precedencia» formulado por Braybrooke:

> «Este principio prescribe que las necesidades de una determinada población humana... tienen prioridad sobre sus preferencias o las de cualquier otra persona... Cuando hayan sido aseguradas las provisiones para todo asunto de necesidad sin agotar los recursos disponibles... llegará el turno de los asuntos que sólo son asuntos de preferencias».[17]

Otra vez, nos encontramos, pues, ante el «límite superior» de la acción libre e irrestricta y el «límite inferior» de la satisfacción de las necesidades humanas que delimitan conjuntamente el campo de la moral.

Después de invocar el apoyo de estos ejemplos de la literatura, conviene abandonar la pregunta de por qué deben tomarse en cuenta las necesidades humanas básicas como criterio fundamental de la moral, y atender a otro tipo de cuestiones. Porque, aun si el RM estuviera ahora, en principio, dispuesto a admitir la plausibilidad de un criterio de este tipo, quedaría casi todo por discutir: Todavía no se ha dicho nada acerca de la naturaleza concreta de las necesidades aquí relevantes, y por ello tampoco está claro en qué medida efectivamente satisfacen las condiciones necesarias para servir de criterio objetivo y universal.

---

[16] Cfr. Bunge, 1988, Def. 1.13; para un resumen crítico del enfoque ético de Bunge, cfr. Garzón Valdés, 1989.

[17] Braybrooke, 1987, págs. 60 y 69 y sig.: «This Principle describes that the needs of a certain human population... take priority over their preferences or anyone else's... [I]f provisions for all matters of need have been assured, without exhausting the resources available... the turn will come for matters that are matters of preference only.»

V. *La objetividad y la universalidad de las necesidades básicas*

El requisito de la objetividad no es problemático: Está satisfecho en la medida en que estamos hablando de datos empíricos referidos a personas reales:

> «A diferencia de «desear» o «querer»,... «necesitar» obviamente no es un verbo intencional. Lo que necesito no depende del pensamiento o del funcionamiento de mi cerebro... sino de cómo es el mundo».[18]

El requisito de la universalidad, a su vez, no tiene una solución tan fácil: Todo el mundo sabe que los hombres no sólo tienen deseos y preferencias distintos, sino que hasta en sus necesidades se diferencian bastante.

Esta dificultad, sin embargo, es superable a través de una delimitación exacta de lo que podría ser un concepto de «necesidades básicas» relevante para el discurso ético.

a) *El carácter condicional de las necesidades:*

Obviamente, ante todo, hay que distinguir entre *necesidades* sin más y *necesidades básicas*. Para ello, es preciso recordar que el propio concepto de «necesidad» es un concepto condicional. Dada la afirmación de que «A necesita *x*», siempre se puede preguntar «¿Para qué?» Eso significa que la descripción completa de una necesidad es del tipo «A necesita *x* para *f*». Pero, entonces, se podría siempre preguntar de nuevo: «Y ¿para qué necesita *f*?» Dicho de otro modo: la satisfacción de una necesidad tiene, en principio, una función instrumental para la obtención de algún fin; y en la medida en que el fin es contingente, la necesidad también lo es. Sólo un fin que no necesita justificación puede poner punto final a la cadena de preguntas acerca de la presunta «necesidad» de los medios para alcanzarlo.

Por ello, se puede distinguir -siguiendo a Wiggins-[19] entre «necesidades instrumentales» y «necesidades absolutas o categóricas» o -siguiendo a Braybrooke-[20] entre «necesidades adventicias» y «necesidades básicas».

---

[18] Wiggins, 1985, § 3: «Unlike 'Desire' or 'want' then, 'need' is not apparently an intentional verb. What I need depends not on thought or the workings of my mind... but on how the world is.»

[19] Ibídem, § 4.

[20] Braybrooke, 1987, cap. II.

Con respecto a los seres humanos, es posible indicar fines que no pueden ser justificados y que -en vista del «prejuicio en favor de la existencia de agentes humanos» inherente a la idea moral- tampoco necesitan serlo: «Una persona -dice Braybrooke- no necesita explicar o justificar su intención de vivir o su intención de funcionar normalmente... no hay ningún fin más fundamental que pudiera ser invocado para explicar o justificar aquél».[21] Lo mismo vale para el criterio de Wiggins quien contrapone a la necesidad instrumental, «aquello que se necesita para evitar daños a seres humanos», y define así la necesidad absoluta.[22] Y, para citar un tercer ejemplo, se pueden también considerar fines humanos que no requieren justificación, los que menciona Bunge al definir las necesidades básicas: el fin de sobrevivir, y el de preservar o restablecer la salud.[23]

La vinculación del concepto de necesidades básicas con la «Integridad física y síquica» de las personas -que aparentemente es el denominador común de los criterios mencionados-, y su distinción de aquellas necesidades que lo son sólo en el sentido más débil de ser medios necesarios para perseguir preferencias particulares, es así el paso decisivo para establecer la universalidad de las necesidades básicas.

b) *El carácter indeterminado de las necesidades básicas*

En contra de la universalidad de las necesidades básicas, el RM podría objetar todavía que la referencia a la integridad física y síquica de las personas no contribuye en nada a la universalidad de las necesidades básicas porque, obviamente, las personas son muy diferentes, incluso con respecto a lo que requieren para preservar su integridad, y por ello no es posible determinar definitivamente cuáles son las necesidades básicas universales.

A esto puede responderse aduciendo que la universalidad de las necesidades básicas reside en sus aspectos «genéricos» y no en las características de lo que se requiere para satisfacerlas. Hay que distinguir entre un tipo determinado de necesidad, y los medios indeterminados necesarios o suficientes para satisfacerla. Por ejemplo, no hay duda de que para mantener la integridad

---

[21] Ibídem, pág. 31: «N does not have to explain or justify aiming to live, or aiming to function normally... there is no more fundamental end that he could invoke to explain or justify this one.»

[22] Cfr. Wiggins, 1985, §§ 4 y sig.

[23] Cfr. Bunge, 1988, Def. 1.12.

física y síquica, cada ser humano tiene la necesidad básica de alimentarse. En cambio, la cualidad y la cantidad de los alimentos necesarios o suficientes depende de las circunstancias particulares de cada individuo. La *necesidad básica universal* es tener acceso a alimentos. Sigue siendo una necesidad universal aun si -para utilizar otro término de Braybrooke- la «forma de provisión» requerida para satisfacer esta necesidad puede ser para un individuo, medio litro de leche por día, y para otro, dos kilos de bife de lomo, o el equivalente en valor nutritivo.

Lo relevante es que -como subraya Braybrooke,[24] «todo ser humano necesita algo de comida, algo de agua, y (en climas fríos) algún vestido, algún techo, alguna calefacción... No hay razón para esperar que la ciencia haya de descubrir algún día que los seres humanos no necesitan alimentos o ejercicio o mantener su integridad física».[25]

Pero esto significa que del concepto de necesidades básicas se puede derivar un *criterio objetivo universal no vacío*.

Este resultado, sin embargo, no es todavía totalmente satisfactorio, porque queda el problema de la indeterminación en el sentido de que no se ha proporcionado ninguna lista de presuntas necesidades básicas universales. En efecto, la tarea de establecer concretamente cuáles son las necesidades básicas humanas no está cumplida. Hasta ahora, «muy pocos estudios serios [han sido] llevados a cabo acerca de este problema crucial», por lo que «nuestro conocimiento objetivo sobre los deseos subjetivos es mucho mejor que el sobre nuestras necesidades objetivas».[26] Pero no es solamente la falta de atención que se ha prestado a las necesidades humanas lo que impide la formulación definitiva de una lista; hay para ello razones más fundamentales.

c) *El carácter cambiante de las necesidades básicas*

Por un lado, como advierte Braybrooke,[27] dado que las necesidades humanas son hechos empíricos, y nunca se puede estar seguro de haber descubierto todos los hechos relevantes en un contexto determinado, tampoco se puede pretender conocer algún

---

[24] Braybrooke, 1987, pág. 37.

[25] Braybrooke, 1987, págs. 44 y 52: «ever human being needs some food, some water, and (in cold climates) some clothing, some shelter, some heat... We have no reason to expect that science is going to discover that human beings do not need food, or exercise, or to keep their bodies intact.»

[26] Bunge, 1988, 1.3.1.

[27] Braybrooke, 1987, pág. 37.

día *todas* las necesidades básicas y dar la lista por concluida.

Por otro lado, las necesidades básicas tienen, además, una tendencia al cambio. Ya hemos visto, con el ejemplo de los alimentos, que hay necesidades básicas que varían de persona a persona, e incluso para una misma persona en el curso de su vida.

Pero esto no es todo: Hay otras que varían también según las circunstancias sociales en que viven las personas. Se trata aquí, obviamente, de aquellas necesidades básicas que surgen a causa de convenciones y estructuras sociales. Estas «necesidades convencionales» son necesidades «derivadas» de «necesidades naturales» -de raíz fisiológica y sicológica-, pero no dejan por ello de ser «básicas» en el sentido de que definen requisitos para preservar la integridad física y síquica de una persona bajo las determinadas circunstancias en las que vive.

En este contexto, se han hecho famosas las camisas que tanto Karl Marx como Adam Smith han incluido en sus respectivas listas de necesidades básicas derivadas de las «costumbres del país».[28] Las circunstancias sociales pueden causar, entonces, que algo que en otras sociedades es un asunto de meras preferencias, se convierta en una necesidad básica: En una sociedad poco diferenciada, en la que todo el mundo vive, junto a su familia y sus amigos, en el mismo lugar en que también trabaja, quizá no exista la necesidad básica de tener acceso a medios de transporte, como es el caso en una sociedad donde un alto grado de división de trabajo hace de la «movilidad» un factor necesario para que una persona pueda ganarse la vida.

Pero el carácter cambiante de las necesidades básicas en su forma de necesidades convencionales tampoco es un argumento en contra de la universalidad de las necesidades básicas en tanto tales: Las necesidades convencionales, como ya se ha indicado, son «básicas» en el sentido de que *bajo las circunstancias dadas* su satisfacción es imprescindible para preservar o restablecer la integridad de la persona; pero no hay que olvidar que, desde otra perspectiva, son necesidades «derivadas» en el sentido de que su satisfacción es el requisito para poder satisfacer, *mientras no cambien las circunstancias dadas*, otra necesidad básica no

[28] Cfr. ibídem, pág. 101; otro ejemplo anecdótico de una necesidad de este tipo es que, a comienzos de los años 70, en algunas ciudades de Estados Unidos, era necesario tener zapatos si uno quería recibir educación pública, porque el «dress code» establecía como requisito mínimo de «decencia» para poder entrar en un edificio escolar el no andar descalzo; la necesidad derivada de educarse dio así lugar a una necesidad derivada «de segundo orden».

derivada. La universalidad es asegurada a través de esta última. Dicho de otra manera: aun si cambiaran las circunstancias sociales y desapareciera la correspondiente necesidad derivada, quedaría siempre la necesidad básica de la que derivaba.

Lejos de ser una desventaja del concepto de las necesidades básicas, el carácter cambiante de ellas constituye, al contrario, una ventaja en el contexto ético, porque es justamente la dinámica inherente a este criterio la que permite evitar la relatividad de la moral con respecto a un determinado tipo de personas o un determinado contexto socio-cultural.[29]

Los argumentos expuestos hasta aquí deberían ser suficientes para mostrar que el concepto de «necesidades básicas» designa una clase no vacía de características objetivas y universales del agente humano en tanto sujeto de la moral. Estas características se refieren a datos empíricos, y para establecer su universalidad no hace falta recurrir a ninguna noción de «esencia» del hombre en un sentido metafísico: Las necesidades básicas simplemente son características empíricas universales de los hombres mientras éstos sean lo que son.

A fin de promover la discusión, cabe intentar a esta altura, una definición de qué es, efectivamente, una necesidad básica. Resumiendo lo expuesto hasta aquí, mi propuesta sería definir que:

> N *es una necesidad básica para* x *si y sólo si, bajo las circunstancias dadas en el sistema socio-cultural* S *en el que vive* x *y en vista de las características personales* P *de* x*, la no satisfacción de* N *le impide a* x *la realización de algún fin no contingente -es decir, que no requiere justificación ulterior- y, con ello, la persecución de todo plan de vida.*

VI. *Conclusiones para la discusión con el relativista moral*

En resumen, mi propósito con la argumentación precedente era presentarle al RM algunas razones que le permitan

-participar en la discusión ética con miras a una eventual superación de su posición;

---

[29] Cfr., en este contexto, también los argumentos de Onora O'Neill, 1988, en favor de principios éticos abstractos (pero no idealizados) que, justamente por ser indeterminados, son argumentativamente «accesibles» desde las más diversas perspectivas y permiten su aplicación a circunstancias concretas muy variadas.

-aceptar como posibles criterios no arbitrarios, sino basados en la empresa moral misma, los dos criterios de la libertad y de las necesidades humanas básicas, para fijar el «límite superior» y el «límite inferior» de la moral; y
-convencerse de que el criterio-candidato de las necesidades básicas tiene propiedades tales como su estrecha vinculación con el concepto de agente humano -y, por ello, con el propio sujeto de la moral-, su objetividad y universalidad, que hacen razonable su aceptación definitiva, al lado del de la libertad, como uno de los criterios fundamentales objetivos y universales de la moral.

Con respecto a las posibles reacciones del RM, creo que puede decirse lo siguiente:

-Si rechaza el «límite superior» de la moral, es decir, lo que he llamado el «prejuicio en favor de la libertad», creo que entra en contradicción con la base de su propia posición, que admite que cualquier grupo social y, en el caso extremo, cualquier persona, pueda vivir según sus propios criterios morales, porque no hay ningún criterio universal para justificar restricciones a la libertad.
-Pero, si acepta el «límite superior» sin aceptar, además, un límite inferior», es decir, si rechaza cualquier restricción a la libertad, también entra en contradicción con su posición, porque, entonces, se vuelve partidario de un «absolutismo de la libertad».
-Finalmente, si acepta, en principio, un «límite superior» -con lo que habrá, desde luego, superado su posición relativista- y si lo que rechaza es solamente el «prejuicio en favor del agente humano» y el criterio universal de las necesidades básicas derivado de este «prejuicio», se invierte la situación de la discusión: Puede sostener esta posición sólo si tiene él mismo un criterio -con pretensión de universalidad- para excluir a ciertos individuos de la clase de aquellos cuyas necesidades básicas tienen precedencia frente a las preferencias particulares de otros y por eso, en última instancia, de la clase de los sujetos morales. En este caso, recae sobre él la carga de la prueba: debe mostrar la plausibilidad, la objetividad y la universalidad de un criterio tal.

Le queda, desde luego, también la alternativa de negarse a la discusión, es decir, adoptar una posición que ni siquiera admita

la posibilidad de una discusión racional sobre temas éticos como la sugerida por Charles Stevenson. En este caso, sólo le resta el puñetazo de Ross, el ¡hurra! de Ayer o un silencio wittgensteiniano, es decir, confesar su propia incapacidad para expresar claramente lo que piensa acerca de lo que debe o no debe ser moralmente.

Epílogo

Al ex relativista moral que se habrá dejado convencer de alguna manera por los argumentos aducidos -si es que existe- le reitero, pues, la propuesta inicial de participar en la tarea nada fácil de buscar argumentos más fuertes en favor del principio de precedencia de las necesidades básicas (o en favor de otro criterio objetivo y universal alternativo), y en la investigación de las consecuencias éticas concretas que se puedan derivar de él.

Con respecto al otro -si es que alguno persiste- tengo dos consuelos: Para mí, el que muchos mejores ya fracasaron en el intento de convencer al RM. Y para éste, el siguiente: entiendo que dejar de ser relativista para un RM debe ser tan difícil como sería dejar de fumar para un fumador empedernido. En ambos casos, un método adecuado para superar el vicio podría ser la concentración en las necesidades básicas. Pero, también en ambos casos, el que una persona opte por intentarlo o no es un asunto de sus libres preferencias, en las que no se debe interferir con medios que no sean argumentos racionales -siempre que quede asegurado que la persecución de estas preferencias no impide la satisfacción de las necesidades básicas de los demás-.

BIBLIOGRAFÍA

Braybrooke, David (1987), *Meeting Needs*, Princeton.

Bunge, Mario (1988), *Treatise on Basic Philosophy*, vol. 8, *The Good and the Right*, manuscrito mimeografiado, Montreal.

Fishkin, James S. (1984), *Beyond Subjective Morality. Ethical Reasoning and Political Philosophy*, New Haven.

-(1986), «Las fronteras de la obligación», en *DOXA 3*, 69-82.

Garzón Valdés, Ernesto (1989), «Basic Needs, Legitimate Wants, and

Political Legitimacy in Mario Bunge's Conception of Ethics», en Paul Weingartner y Georg Dorn (comps.), *Studies on Bunge's Treatise* (en prensa).
Gauthier, David (1986), *Morals by Agreement*, Oxford.
Gewirth, Alan (1978), *Reason and Morality*, Chicago.
- (1984), «The Epistemology of Human Rights», en Ellen Frankel Paul, et al. (comps.), *Human Rights* (Social Philosophy & Policy), vol. 1 Issue 2), 1-24.
Hoerster, Norbert (1984), Respuesta a la encuesta «Problemas abiertos en la filosofía del Derecho», en *DOXA 1*, 111.
Lederer, Katrin (comp.) (en colaboración con Johan Galtung y David Antal) (1980), *Human Needs. A Contribution to the Current Debate*, Cambridge (Mass.) y Königstein.
O'Neill, Onora (1988), «Ethical Reasoning and Ideological Pluralism», en *Ethics 98* (July), 705-722.
Rawls, John (1971), *A Theory of Justice*, Cambridge (Mass.).
Wiggins, David (1985), «Claims of Need», en *Ted Honderich* (comp.), *Morality and Objectivity. A Tribute to J. L. Mackie*, Londres, 149-202.
Williams, Bernard (1972), *Morality: An Introduction to Ethics*, Nueva York, et al.
-(1985), *Ethics and the Limits of Philosophy*, Londres.

NECESIDADES, RAZONES, DERECHOS

I. INTRODUCCIÓN. PRESUPUESTOS

Si bien nuestro objetivo es el examen del carácter normativo de las necesidades como punto de partida para la discusión de la posibilidad de fundamentación de los derechos humanos en las necesidades básicas, trataremos de abordar en primer lugar los ineludibles presupuestos de una reflexión como ésta, es decir, el concepto, alcance y función de la noción de necesidades y las teorías sobre las mismas. El intento de elaboración conceptual de las necesidades humanas básicas se ha realizado desde perspectivas teóricas muy diferentes. Todas ellas han de hacer frente a algunos problemas comunes que tienen importantes consecuencias. Nos referiremos a continuación, brevemente, a cinco de esas cuestiones, para detenernos en una sexta -el carácter normativo del concepto de necesidades- que es la que incide más directamente sobre nuestro propósito.

1. *El concepto de necesidad*

Un primer nivel de dificultad deriva de la propia determinación del concepto. Desde todas las perspectivas desde las que se ha estudiado (psicología, sociología, antropología, ciencia política, economía)[1] se pone de relieve el obstáculo que supone

[1] Esta pluralidad de perspectivas exige, aun cuando sea con brevedad, que nos refiramos al proceso de análisis por el que ha pasado la noción de necesidades. En los inicios de la psicología social lo que llamamos necesidades quedaba subsumido en el concepto de instintos, W. McDougal, *Introduction to Social Psychology*, London, Methen, 1908. Sin embargo, hubo un momento en el que se produjo un viraje hacia nociones tales como deseos, motivos, impulsos, voliciones y en el caso de H. A. Murray a la de necesidades cfr. *Explorations in Personality*, New York, Oxford U. Press, 1938. Este giro no suponía

determinar ese concepto positivamente, y en consecuencia se acude al criterio de la determinación por la negación. El método que se sigue consiste en examinar la privación continua de una necesidad en términos de sus consecuencias en la integridad somática o psicológica de un individuo, señalando así los efectos fisiológicos, psicológicos, etc., que produce la carencia de «algo», atendiendo, por ejemplo, a las frustraciones, insatisfacciones, estados patológicos, situaciones de carencia material de determinados objetos, etc.[2]

---

un simple cambio de nomenclatura, sino que trataba de superar el paradigma propio del determinismo biológico al que hacían referencia los instintos, dando paso a una comprensión de las influencias socioculturales en el comportamiento. Por ello, la mayor parte de los análisis sobre necesidades desde esta perspectiva ponen en relación la idea de necesidades con la de motivación y la presentan como esfera explicativa del comportamiento humano. Así, A. H. Maslow, *Motivation and Personality*, New York, Harper, 1954; De. McDLelland, *The Achievement Motive*, New York, Appleton, 1953; E. Fromm, *The Sane Society*, New York, Hott, 1955; R. Peters, *The Concept of Motivation*, London, Routledge and K. Paul, 1958. El paso de los instintos a las necesidades también se produjo en el campo de la antropología, fundamentalmente por parte de los defensores del relativismo cultural, por ejemplo, M. J. Herkovits, o en las tablas de necesidades elaboradas por B. Malinowski, o las obras de K. Lorenz. Desde la perspectiva de los análisis sociológicos puede verse los escritos, por ejemplo, de A. Etzioni, *The Active Society: A Theory of Societal and Political Processes*, New York, Free Press, 1968, y «Basic Human Needs, Alienation and Inauthenticity», *American Sociological Review*, vol. 33, 1968, págs. 870-85. Del mismo modo, desde los análisis de ciencia política hubo una recuperación de la noción de necesidades básicas cuyo impulsor fue Ch. Bay, «Needs, Wants and Political Legitimacy», *Canadian Journal of Political Science*, vol. 1, 1968, págs. 241-60. S. A. Renshon, *Psychological Needs and Political Behaviour*, New York, Free Press, 1974, así como el colectivo Human Needs and Politics, Sidney, Pergamon, 1978, dirigido por R. Fitzgerald. Por supuesto, sin olvidar que el arranque de las teorías sobre necesidades encuentra un punto de partida básico en la obra de Marx, del que parten, por ejemplo, los análisis freudo-marxistas, de un lado, el trabajo de Stoyanovitch y Poulantzas, de otro, y una de las construcciones que hoy es posiblemente de las más citadas, la obra de Heller, por ejemplo, La teoría de las necesidades de Marx, Barcelona, Península, 1974, «Can true and false needs be posited?», *The Power of Shame*, London, Routledge and K. Paul, 1985. En este sentido también, I. Illich, *Toward a History of Needs*, New York, Pantheon, 1978, o W. Leiss, *The limits to Satifaction: an Essay on the problem of needs and comodities*, Toronto, Univ. Toronto Press, 1976. Por otra parte, habría que hacer constar también los trabajos que desde perspectivas filosóficas no marxistas hoy son importantes para el análisis de las necesidades. Por ejemplo, P. Springborg, *The problem of human needs and the critique of civilisation*, London, Allen and Unwin, 1981, o el más reciente de D. Braybrooke, Meeting Needs, New Jersey, Princenton, Univ. Press, 1987.

[2] En este sentido, por ejemplo, Bay define las necesidades como tendencias del comportamiento cuya frustración o cuya negación continuada da lugar a

Parece, pues, que uno de los criterios básicos y más generales para definir las necesidades es considerar que éstas consisten en una «falta de» o en una «carencia». Sin embargo, resulta posible tratar de definir las necesidades con independencia de que aquí y ahora se carezca de ellas o no. No obstante, aun cuando la necesidad no esté conceptualmente relacionada con una carencia es cierto que a menudo la implica. Es decir, que una forma primaria de entender la necesidad sería independiente de la carencia y una forma secundaria se daría allí donde se describe una necesidad como carencia de aquello que se necesita.[3] Thomson señala, a estos efectos, que las necesidades pueden ser aquellas situaciones o cosas que necesitamos tanto si carecemos de ellas como si no, pero pueden ser aquellas cosas de las que carecemos y necesitamos.[4] Desde luego, una de las ideas básicas que se ponen de relieve en la noción de necesidad es la de privación[5] de aquello que puede ser básico e imprescindible. En este sentido Galtung[6]

---

respuestas patológicas. «Needs, Wants...», art. cit. pág. 242. Enunciado que recuerda al de Maslow cuando escribe: «Un hombre al que se frustran alguna de sus necesidades básicas puede ser considerado como un enfermo o al menos, como algo inferior a un ser humano completo», *Motivation and Personality*, cit. pág. 57. Etzioni sostiene que una necesidad es aquella situación por la que a una persona se le niega un tipo específico de experiencia al coste de una tensión intrapersonal. «Basic Human Needs...», art. cit., pág. 871, y esta situación puede ser analizada, entre otros indicadores, a partir de los costes de socialización, así como los costes personales a los que da lugar (págs. 874-76). C. A. Mallmann define las necesidades como «requisitos genéricos que todos los seres humanos tienen en orden a no estar enfermos, por el hecho de ser miembros de la especie humana» «Society, Needs...», *Human Needs*, cit., pág. 37.

[3] Entre quienes entienden que la necesidad siempre implica una carencia o falta, puede verse, Peters y Hirst, *The Logic of Education*, London, Routledge and K. Paul, 1970, pág. 33, Wollheim, *Nature and Conduct*, London, McMillan, 1975, pág. 174, y frente a esta idea, la postura más radical puede estar representada por White, «Needs and Wants», Proceedings of the Philosophy of Education Society of Great Britain, vol. 8, 1974, pág. 164.

[4] G. Thomson, *Needs*, London, Routledge and K. Paul, 1987, pág. 12.

[5] F. Rosen, «Basic Needs and Justice», *Mind*, vol. 86, 1977, págs. 88-94.

[6] J. Galtung y A. Wirak, *Human Needs, Human Rights and the theories of development*, UNESCO, París, 1976, pág. 43. Utilizando el paradigma de la teoría de los sistemas, Sicinski llega a conclusiones parecidas. Define una necesidad como una condición necesaria para el funcionamiento normal de un sistema en su entorno. De donde las necesidades fundamentales serían aquellas cuya no satisfacción tiene como resultado la aniquilación del sistema, siendo las demás necesidades las que como consecuencia de su falta de satisfacción llevan a la incapacidad de sistema para realizar alguna de sus funciones. «The concepts of need and value in the light of the systems approach», *Social Science Information*, vol. 17, 1978, págs. 73-4.

señala que existiría una necesidad humana en aquellas situaciones en las que su no satisfacción puede ocasionar una «destrucción, desintegración o no existencia de un ser humano». Esta consideración de las necesidades nos pone directamente en relación con la noción de daño.[7] A través de esta idea se quiere expresar que la carencia de aquello que se necesita repercute directamente en la calidad de vida humana y que tal perjuicio respecto a algún aspecto de la vida se mantiene a menos que se satisfaga la necesidad en cuestión, no habiendo otro tipo de alternativas, por tanto no es un mero contratiempo pasajero, sino una «degeneración» permanente de la calidad de vida humana que se mantiene en tanto no se obtiene la satisfacción adecuada.

2. *La fundamentación empírica de las necesidades*

En segundo término, la mayor parte de quienes se han ocupado del tema advierten que cualquier teoría sobre necesidades exige una fundamentación empírica y, sin embargo, este requisito constituye al mismo tiempo su mayor dificultad, por lo que la determinación de qué son y cuáles sean las necesidades humanas básicas se realiza en la mayor parte de los casos desde premisas normativas. Esto no significa que no puedan establecerse indicadores o índices en algunos supuestos concretos, por ejemplo, nutrición, salud, educación, aunque, de hecho, las investigaciones empíricas son insuficientes, salvo estos indicadores, entre otras cosas porque, como se ha apuntado, no podemos tener la seguridad de conocer todos los hechos empíricos relevantes y por la propia historicidad de las necesidades. Pero respecto al conjunto de necesidades básicas, en la mayor parte de las propuestas se parte de un paradigma previo de naturaleza humana, o de sociedad sana, de calidad de vida u otros paradigmas

[7] Al respecto, por ejemplo, el planteamiento de Hare, aun cuando sugiere que el concepto de daño ha de entenderse en términos de privación de lo que se desea: *Essays on Moral Concepts*, London, McMillan, 1972, págs. 97-8. Para la determinación del concepto de necesidades fundamentales en relación con la idea de daño parece preciso superar la concepción de éste sobre la base de los deseos. Resulta preciso también atender al desarrollo conceptual de la noción realizado por Feinberg, por ejemplo, en *Social Philosophy*, Prentice-Hall, 1973, cap. V y *Harm to Others*, Oxford Univ. Press, vol. 1, 1987, esp. cap. I. Aun cuando lo más útil a nuestros efectos sería describir la noción de daño para explicar las necesidades y por tanto no explicar el concepto en términos de necesidades.

similares.[8] A todo ello hay que añadir, además, que, por un lado, las necesidades no aparecen en forma pura, fuera de un contexto social específico, lo que, por cierto, es una -no la única- de las razones por las que resulta difícil admitir el carácter categórico (en sentido fuerte) de las necesidades. Por otro, los valores personales y colectivos afectan directamente a la definición de necesidades y a las formas a través de las que se satisfacen.[9] Finalmente, las dimensiones de las necesidades son plurales y no permiten que se establezcan medidas cuantitativas con facilidad. Una aproximación a las necesidades, incluso la más cuantitativa, afecta a lo que debería o podría ser. Tras ese cúmulo de dificultades, el problema es, desde luego, dar razón de por qué algo ha de ser realizado o satisfecho en orden a que el sujeto de la necesidad cumpla su función como ser humano. Esto resulta más fácil de explicar a través de las situaciones que impiden el desarrollo que a través de aquéllas lo promueven. Por todo ello, la determinación de las necesidades exige atender conjuntamente a una doble perspectiva que podemos calificar como ontológica e histórica.

3. *Jerarquización y catálogo de las necesidades*

Dificultades de otro orden aparecen también en los intentos de jerarquización y catalogación de necesidades. En este punto vuelven a plantearse los problemas relativos a la determinación empírica y por otro lado las cuestiones en relación con las llamadas necesidades «secundarias». En general, existe una

---

[8] Respecto a la relevancia del criterio de salud mental véase, O. Klineberg, «Human Needs: a Social-Psichological Approach», Human Needs, cit., págs. 29-32. El concepto de sociedad sana como adaptación de los modelos sociales a las necesidades humanas se encuentra en Fromm, *The Sane Society*, cit., págs. 72 y 64 y sigs. Cfr. también la definición de Maslow: la sociedad «sana» es aquella que permite que se produzcan o emerjan los propósitos más elevados del hombre porque satisface todas las necesidades básicas. «The instinctoid nature of basic Needs», *Journal of Personality*, vol. 22, 1954, págs. 328 y sigs. También C. A. Mace «Homeostasis, needs and values», *British Journal of Psychology*, vol. 44, 1953, págs. 200-210.

[9] Hay algunos intentos de determinar las necesidades clasificándolas de acuerdo con sus correspondientes satisfacciones. Esto es lo que propone, por ejemplo, Y. Fridman, cuyo listado de necesidades puede verse en «About implicit limitations on satisfiers» o la tipología propuesta por C. Mallman, «Society, Needs and Rights: A Systemic Approach», ambos en Human Needs, cit., págs. 40-41 y 155. Sin embargo, las dificultades de determinar las necesidades de este modo son enormes debido a que lo que sí está sujeto al cambio histórico y socio-cultural son, desde luego, las formas de satisfacción de las necesidades.

identificación entre necesidades primarias y necesidades fisiológicas o biofísicas que son aquellas que deben ser satisfechas para el mantenimiento de la supervivencia. Uno de los principales problemas aparece cuando el modelo de estas necesidades se propone como paradigma de comprensión del resto de las necesidades. Esto no significa que todos los autores acepten la idea de construir una jerarquía de necesidades. Por el contrario, ese intento ha recibido serias críticas,[10] ya que, hasta el momento, los intentos de ordenación gradual se han formulado en alguna de estas modalidades:

a) Como una tesis axiológica, tratando de mostrar que las necesidades humanas son más elevadas cuanto menos compartidas con los animales.

b) Como una tesis empírica, al tratar de demostrar que las necesidades que se encuentran en la base de la jerarquía son las que se persiguen de hecho por todos los hombres.

c) Como tesis normativa, que trata de poner de relieve que antes de que encuentren satisfacción las necesidades más elevadas deben estar cubiertas las más básicas.

4. *Delimitación de las necesidades: deseos, intereses, instintos, aspiraciones, etc.*

Existen algunos problemas, a su vez, a la hora de delimitar el concepto de necesidades de otros conceptos afines como deseos, intereses, aspiraciones, impulsos, etc. Resulta preciso, pues, una depuración terminológica en ese sentido. En principio podría decirse que en cuanto criterios de orientación de la conducta las necesidades proporcionarían razones de diferente orden (intuitivamente habría una coincidencia en que se trata de razones de mayor peso) que los deseos, intereses o voliciones,[11] en sentido contrario, o, al menos, no coincidente.[12]

---

[10] Al respecto, J. Galtung, «The Basic Needs Approach», *Human Needs*, cit., págs. 67-71.

[11] Respecto a las diferencias entre necesidades y voliciones puede verse Ch: Bay «Needs, Wants...», art. cit., pág. 242, «Human Needs and Political Education», *Human Needs and Politics*, cit. págs. 25 y sigs. W. Meyer, «Democracy: needs over wants», *Political Theory*, 1974, Pág. 203. Sadurski, «Genuine Needs», *Political Theory*, 1983, págs. 421 y sigs. A. White, «Needs and Wants», art. cit. págs. 159-180. S. A. Renshon, «Human Needs...», *Human Needs and Politics*, cit. págs. 62-4.

[12] N. MacCormick, «Children's Rigths: A test-case for theories of Right», *ARSP*, 1976, pág. 310. R. Adler, *Taking Juvenile Justice Seriously*, Edimburgh, Scottish Academic Press, 1985, págs. 65-74.

Ahora bien, la distinción resulta necesaria, en primer lugar y sobre todo, porque las necesidades no constituyen un acto intencional. No elegimos nuestras necesidades, no es algo sobre lo que realicemos una acción positiva y por tanto no es algo sobre lo que podamos tener o no razones para hacer. Sin embargo, desde los presupuestos de la psicología y desde otras posiciones se ha incluido a las necesidades entre las categorías motivadoras de la acción -deseos, impulsos, voliciones- para explicar a través de ellas el comportamiento. Así, la idea de necesidades ha servido para describir el conjunto de inclinaciones o potencialidades humanas que sugeriría la idea de motivación hacia algo; de ahí que se entienda como un concepto teleológico, orientado a objetivos, cercano al de deseo.[13] Por otro lado, aun cuando frente a la noción de necesidades, las de deseos, voliciones u otras sean sentidas y articuladas subjetivamente, es cierto que pueden expresar necesidades y esto puede llevar a una nueva confusión terminológica en otro plano. A nuestro juicio, por el contrario, las necesidades juegan un papel de primer orden como razones justificativas. Precisamente éste es el punto de partida en el que nos apoyaremos para sostener que la función de la argumentación a través de las necesidades consistiría en aportar buenas razones para fundamentar los derechos.

Sin embargo, en el nivel de la vida cotidiana estas diferencias se desdibujan, ya que se utilizan las necesidades antes que los otros criterios porque todo el mundo sabe que no es lo mismo elegir o preferir algo apelando a la idea de necesidad que a las demás. El ejemplo más claro aparece en las campañas publicitarias que orientan el consumo. Incluso los niños saben que si piden algo diciendo que lo necesitan y no sólo que lo quieren está más justificado y nadie les negará algo que entienda que es necesario para ellos. La diferencia entre necesidades y deseos y la mayor fuerza argumentativa de aquellas vendría dada precisamente por su carácter objetivo, por tratarse de situaciones o estados de cosas que no dependerían de la intención del sujeto. Esa distinción se completaría por el criterio del resultado: el beneficio en el caso de los deseos, evitar un daño en el caso de las necesidades. Ciertamente, la idea de necesidad tiene una carga persuasiva importante que es utilizada por todos para justificar determinadas elecciones que entendemos que con la referencia a los deseos estarían débilmente apoyadas.

---

[13] P. Springborg, *The Problem of Human Needs*, cit., pág. 252.

5. *Tipología de las necesidades*

Las diferentes aproximaciones sobre la noción de necesidades se plantean también con la existencia de diversos tipos de necesidades. Así, se habla de necesidades instrumentales que son relativas a determinados propósitos u objetivos[14] o entendidas como medios para perseguir preferencias particulares, frente a las necesidades básicas o fundamentales que son aquellas que no dependen de fines ni objetivos del sujeto, donde lo esencial se encuentra en el significado del término necesidad. También se distingue entre necesidades derivadas y no derivadas;[15] las primeras son aquellas que tiene una persona en virtud de sus necesidades básicas, aunque éstas pueden ser igualmente básicas en determinadas circunstancias. Por ejemplo, cuando la única forma de obtener comida es comprándola, si una persona tiene necesidad de comer, tiene una necesidad derivada de dinero. Por el contrario, se tiene una necesidad no derivada cuando se necesita algo sin referencia a ninguna otra necesidad. Cabe una distinción ulterior entre necesidades constitutivas y necesidades circunstanciales. En el enunciado «A necesita *x* en C», C representa las circunstancias en las que A necesita *x*, por tanto, puede hablarse de necesidades relativas a esas especiales circunstancias. Serían necesidades constitutivas las que se dan en cualquier circunstancia.

En las diferentes aproximaciones teóricas sobre necesidades se ha distinguido también entre verdaderas y falsas necesidades, auténticas e irreales o necesidades manipuladas y no manipuladas. En concreto, lo que ha sido calificado como doctrina de las verdaderas y falsas necesidades surgió inicialmente de los intentos de mediación que configuraron el freudo-marxismo, que trataba de mostrar cómo la motivación de la conducta humana debía buscarse en ciertos impulsos, tendencias o rasgos referidos al hombre como ser físico con capacidades cognitivas e intelectuales; sin embargo el sistema social, en concreto el capitalismo, introyecta en los sujetos aquellas necesidades que entiende como imprescindibles para sobrevivir como sistema. En definitiva, el sistema controla al sujeto a través de sus necesidades. De ahí que Marcuse[16] hable de falsas necesidades como aquellas creadas por intereses sociales que las imponen al individuo con el fin de reprimirlo.

---

[14] A. White, «Needs and Wants», art. cit., pág. 107.

[15] G. Thomson, *Needs*, cit. págs. 18-9.

[16] H. Marcuse, *El hombre unidimensional*, Barcelona, Ariel, 1984, pág. 27.

Nielsen explica las falsas necesidades como aquellas situaciones u objetos que la gente quiere o desea como resultado de un estímulo social, un adoctrinamiento ideológico y que sin estos presupuestos no lo sentiría así. Es conocida la posición de Heller,[17] a estos efectos, que niega toda posibilidad de hablar en términos de necesidades verdaderas y falsas a partir de un punto de vista ontológico sobre las mismas, pero que entiende posible un juicio ético sobre su bondad o maldad.

Obviamente, a la hora de establecer criterios de diferenciación aparece una nueva cuestión y es la referida al sujeto competente para decidir, por ejemplo, si los individuos y los grupos han de ir formulando las necesidades y sus prioridades o bien si se parte del presupuesto de que todas las situaciones que individualmente se sientan como necesidades deben ser reconocidas como tales. De esta forma, la solución a esta cuestión permitiría no sólo distinguir entre necesidades impuestas o no, sino también ofrecería un criterio importante a la hora de la argumentación de los derechos o si se prefiere a la hora de la argumentación sobre la fundamentación de los derechos.

6. *El carácter normativo*

A todo lo anterior se añade en el seno de las aportaciones sobre necesidades otra cuestión más que a nuestros efectos tiene una importancia bastante decisiva. Nos referimos al debate sobre el carácter normativo del término, que supone el planteamiento de cuestiones como las relaciones entre ser y deber ser o las relaciones entre la existencia de necesidades y exigencia de su satisfacción que tienen lugar al hilo de las consideraciones sobre las necesidades. Sobre este punto parece conveniente detenerse.

II. EL CARÁCTER NORMATIVO DE LAS NECESIDADES Y LA RELACIÓN SER / DEBER SER EN EL CONCEPTO DE NECESIDADES

Es cierto que la pregunta fundamental a la que tratamos de dar respuesta es, si las necesidades pueden encontrarse en la base de los derechos humanos, qué tipo de categoría o de concepto

[17] A. Heller, «Can true and false needs be posited?», *The Power of Shame*, London, Routledge and K. Paul, 1985, págs. 285-7.

constituyen que posibilita justificarlos, ofrecer una adecuada fundamentación de los mismos y por qué. Esta pregunta que, insisto, es el objetivo básico de nuestra exposición, no sólo no encuentra una respuesta sencilla, sino que exige plantearnos como paso previo otro tipo de cuestiones que aparecen unidas a la idea de necesidad, básicamente la discusión en torno al carácter normativo de la idea de necesidades, a la separación-conjugación entre ser y deber ser en las tesis sobre necesidades.

En relación con ello, vamos a tratar de recoger algunas de las posiciones más destacadas del debate que tiene lugar en torno a esos dos aspectos en los que se plantea la discusión:

-Los elementos normativos y fácticos de la propia noción de necesidades.
-La relación entre necesidades y satisfacción de las mismas.

1. *Las tesis sobre la complicación entre hecho y valor en el concepto de necesidades*

Es preciso hablar en primer lugar de un grupo de posiciones que tendrían en común la complicación de hecho y valor en el concepto de necesidades partiendo de puntos de vista diferentes y concluyendo de ahí la objetividad de los valores y el vínculo indefectible entre necesidades, exigencias de su satisfacción, y derechos.

Una de las versiones que permite esta lectura consiste en afirmar que en las necesidades se produce una fusión entre hecho y valor. Es decir, que el conocimiento sobre las necesidades nos capacitaría, por ejemplo, en opinión de Maslow,[18] para establecer valores que tienen una validez objetiva. Las consecuencias, es decir, el resultado, o el hecho mismo de que las necesidades resulten satisfechas, constituirían lo bueno y lo valioso. En este caso se encontrarían las necesidades psicológicas, las de seguridad, afecto, estima y de autorrealización o de experiencia plena.

En el mismo sentido se pronunciarían quienes describen la idea de necesidades a partir de un paradigma antropológico, quienes explican que las necesidades están relacionadas con una existencia valiosa y un desarrollo personal también valioso,

[18] A. Maslow, «Fusions of Facts and Values», *American Journal of Psychoanalysis*, vol. 23. 1961 pág. 120.

asumido como algo dado, como un *a priori* ontológico al modo del clásico proceso de transformación de la bellota al roble. (Fromm, Maslow, McClosckey).[19]

Desde un punto de vista relativamente distinto, otras posiciones (Ch. Taylor, McIntyre aunque desde presupuestos diferentes)[20] explican cómo en la idea de necesidad la noción de lo bueno o de valor no tiene lugar como algo separado absolutamente de los problemas de hecho. Es más, la apreciación de las necesidades provee las bases para evaluar algo como bueno, entendiendo por tal algo que no es una mera respuesta emotiva individual. Se califica así algo como bueno porque es objeto de nuestras necesidades y no al contrario, es decir, que algo es objeto de nuestras necesidades porque previamente ha sido entendido como algo valioso.

Es significativa, a estos efectos, la posición de Heller. En su construcción, las necesidades son entendidas como categorías antropológicas de valor. Es decir, las necesidades propiamente humanas son aquellas que desarrollándose a partir de las objetivaciones sociales son cualitativas, aquellas que desarrollan la «riqueza» humana, oponiéndose así a las necesidades alienadas. Las necesidades, por tanto, son afines a los valores, tanto a los propios de cada grupo social como a los valores de la humanidad, que se expresarían, entre otras formas, a través de las necesidades radicales que constituyen un ideal regulativo de una praxis orientada a la emancipación.[21]

La ventaja de la consideración de los valores como aquello que satisface necesidades sería que éstos no constituyen un sistema de criterios que se sobreponen a la realidad, sino que son una proyección de lo que el hombre hace de sí mismo, a través de su exteriorización, por tanto, según esta perspectiva, pueden ser entendidos como hechos operativos. Este argumento que parte de la constatación empírica de que el hombre tiene necesidades supone también que las necesidades tienden a satisfacerse

---

[19] H. J. McCloskey. «Human Needs, Rights and Political Values», *American Philosophycal Quaterly*, vol. 13, 1976, págs. 1, 6-8.

[20] Ch. Taylor, «Neutrality in political science». *Philosophy, Politics and Society*, Oxford, Basil Blackwell, 1969, dirigido por P. Laslett y W. G. Runcinman, págs. 25-57. A. MacIntyre, «Hume on is and ought», *Against the SelfImages of the Age*, London, Duckworth, págs. 109-124, esp. 120 y sigs.

[21] A. Heller, *Hipótesis para una teoría marxista de las necesidades*, Barcelona, Grijalbo, 1973, págs. 27-8. «Teoría, praxis y necesidades humanas», *Teoría de las necesidades en Marx*, cit. págs. 170-182. *Por una Filosofía Radical*, Barcelona, El viejo topo, 1980, págs. 110 y sigs. «Can true and false Needs Be Posited?», cit.

inpendientemente de que tal satisfacción se obtenga realmente y que aquello que satisface una necesidad del hombre tiene un valor. El valor es, entonces, una abstracción mental entendida a partir de una experiencia concreta, la propia existencia de necesidades. Aquello que satisface una necesidad del hombre es un valor y lo que la contradice es un disvalor.[22] En la misma línea, Marchello,[23] señala que las necesidades implican los valores y éstos son inmanentes a la realidad de las necesidades. En cuanto las necesidades constituyen las raíces de las realidad práctica y en cuanto contienen implícitamente a los valores, sirven como criterio de interpretación y valoración de la praxis. El paso de las necesidades al valor no es problemático porque ambos coexisten en las necesidades. Estos criterios les sirven a los diferentes autores que hemos mencionado, para hablar de los valores como categoría objetiva, ya que éstos se justificarían en virtud de su idoneidad para satisfacer necesidades humanas.

En esta sede parece conveniente mencionar a quienes como Peters[24] sostienen que las necesidades son un concepto fundamentalmente normativo en cuanto prescriben un conjunto de objetivos o estándares que implica que algo es malo o incorrecto con relación a una persona si en determinadas condiciones está ausente. Por ello la referencia a las necesidades significa un modelo que prescribe comportamientos, normas cuya ausencia debería dar lugar a una situación perjudicial o nociva para el sujeto.

¿Qué se consigue estableciendo el paralelismo, la coimplicación entre necesidades y valores a nuestros efectos? Por un lado, dar objetividad a los valores. Sin embargo, habría que hacer notar que en punto a la aportación de objetividad tal tesis adolece de la imprecisión derivada de no haber enunciado con claridad la categoría o tipo de necesidades a las que se refieren los valores que se toman en consideración. En segundo lugar, reconducir el problema de la fundamentación de los derechos al de los valores

---

[22] Este análisis fue realizado por N. Bobbio en su *Introduzione alla filosofia del diritto*, Giapichelli, Torino, 1948, pág. 35. Probablemente hoy no mantendría esta tesis, al menos, sin ulteriores especificaciones, pero la hemos recogido porque su exposición es un claro exponente de lo que aquí hemos querido señalar.

[23] G. Marchello, *Dai bisogni ai valori. Nuovi Studi sull'eti dei dei valori*, Torino, Giapichelli, 1977, págs. 35 y sigs.

[24] R. S. Peters, *The concept of motivation*, cit. págs. 17-8. En un sentido similar R. Dearden, «Needs in Education», *Development of Reason*, London, Routledge and K. Paul, 1972, págs. 50-64.

y no permanecer en el terreno de las necesidades.[25] En algunos casos, el recurso a las necesidades ha servido nada menos que para volver a encontrar los mismos problemas respecto a la fundamentación de los derechos humanos que plantea la justificación idealista de los mismos. Finalmente, se da como una evidencia que si existe una necesidad, ésta debe ser satisfecha y en consecuencia, según ello, existe un derecho a esa satisfacción.[26] Esta ventaja constituye posiblemente el más grave de los inconvenientes: la confusión ontológica entre necesidades y derechos.

2. *Las dificultades de establecimiento del nexo entre ser y deber ser en las necesidades*

En el extremo opuesto encontramos a quienes sostienen que no cabe establecer un nexo causal entre la existencia de una necesidad y la exigencia de su satisfacción.

A estos efectos resulta importante retener la advertencia en la que insisten estos autores: la noción de necesidades puede ser utilizada fundamentalmente de dos formas: para hacer descripciones de situaciones de hecho o en sentido normativo.

El primer uso tiene lugar cuando se describen necesidades instrumentales o para referirse a situaciones en que las necesidades se asimilan a disposiciones connaturales,[27] cuando se quiere expresar que alguien tiene un comportamiento motivado por una cierta disposición natural dominante. Las necesidades en este sentido son deseos o voliciones como motivos fuertes, es

---

[25] Quizá podría entenderse en este sentido la postura de uno de los primeros investigadores que entre nosotros ha tratado de poner en relación las necesidades básicas y los derechos humanos. Nos referimos a Pérez Luño que señala cómo a través de las necesidades puede articularse la relación ser-deber ser: «Esa articulación en lo que afecta al fundamento de los derechos humanos, se produce a medida que las necesidades trascienden el plano de los datos inmediatos sensoriales para devenir modos conscientes de preferencia, o sea, valores.» Derechos humanos, Estado de Derecho y Constitución, Madrid, Tecnos, 1984, pág. 184.

[26] En este sentido, por ejemplo, A. S. Kauffman identifica las exigencias de necesidades con las de derechos. Tener una necesidad es, por tanto, tener un derecho a ella. «Wants, Needs and Liberalism», *Inquiry*, vol. 14, 1971, pág. 194.

[27] En este sentido, P. Taylor explica que un comportamiento motivado por una disposición connatural dominante expresa que una persona tiene una tendencia a actuar de tal modo que da lugar a un resultado o a la realización de ciertos objetivos, incluso en circunstancias diferentes o cuando se dan disposiciones en conflicto. «Need Statements», *Analysis*, núms. 19-20, 1960, pág. 108.

decir, que proveen razones para actuar en el sentido en que se hace.

El segundo uso es normativo. A partir de la noción de necesidad puede decirse que determinadas acciones han de ser realizadas, haciendo un juicio de valor respecto a lo que es mejor. Sólo en virtud del contexto en el que se formula la afirmación puede decirse si se utilizan las necesidades para hacer simples recomendaciones, una justificación, una explicación de la conducta o si se prescribe una acción en sentido fuerte.

Pues bien, según el punto de partida que adoptan los autores de esta posición, las descripciones sobre necesidades no proporcionan o no constituyen *eo ipso* una justificación para hacer prescripciones.[28] Esto es, que si se quiere buscar un criterio que lleve a concluir o a decidir que algunas necesidades deben ser satisfechas, hay que fundamentar esta posición independientemente de las exigencias de necesidades, dado que es posible afirmar que los hombres necesitan determinadas cosas en el plano de los hechos y esto puede no ser deseable en el plano moral. En consecuencia, aun si pudiera mostrarse empíricamente que el hombre tiene determinadas necesidades básicas no sería, en opinión de Taylor, ni autocontradictorio ni lógicamente extraño abstenerse de recomendar su satisfacción o realización. La presunción de que una necesidad, una vez establecida empíricamente, debe ser satisfecha, se debe a la confusión entre esas exigencias y la utilización que se puede hacer de ellas con carácter normativo. La conclusión sería que entre ambas cuestiones no existen ni implicaciones lógicas ni contextuales.

Una versión parecida a ésta explica, como hace Fitzgerald,[29] que para hablar con propiedad de necesidades sería imprescindible poder realizar tanto una teoría empírica sobre ellas como un análisis normativo que mostrara cómo pueden ser criterios de deber para la praxis. Ambas cosas serían imposibles:

1. Aun cuando en la realidad es un hecho que existe la relación entre hecho y valor, la noción de necesidades sólo aparentemente da la impresión de que traza un puente, de que partiendo del ser llega al deber ser.

2. Porque aun cuando contenga elementos de ambos tipos no provee el vínculo lógico para su realización. Es un error considerar que esta relación es lógica, racional, razonable o necesaria.

---

[28] *Ibíd*., págs. 110-111.

[29] R. Fitzgerald, «The ambiguity and rhetoric of Needs», *Human Needs and politics*, cit. págs. 203-204.

Si se identifica lo valioso con la satisfacción de necesidades es por la carga emotiva y persuasiva del término.

3. Por tanto, la relación es problemática por la connotación emotiva del concepto y sobre ella no se puede decir nada racional.[30]

Desde un punto de vista relativamente distinto es representativa también la postura de White, que al intentar formular un concepto uniforme de necesidades, indentifica todas las necesidades con su acepción instrumental. Lo constitutivo del concepto de necesidad es su carácter instrumental. El enunciado que mejor expresaría este carácter: «A necesita *x* en orden a *y*.» En ese sentido existe una relación de necesidad «para algo».[31] Esto significa, de un lado, que las necesidades no son categorías generalizables, ya que dependen de contextos dados. Por otro lado, es un error -en opinión de White- suponer que la noción de necesidad puede ser analizada en términos de razones para la acción». Las necesidades tampoco son normativas, ya que es simplemente una cuestión de hecho comprobar si existe un fin y si aquello que se necesita es la única forma de alcanzar tal objetivo.

Estas posiciones son significativas por cuanto ponen de manifiesto el aparente callejón sin salida de la teoría de las necesidades en punto a la relación entre la existencia de una necesidad y su exigencia de satisfacción.

3. *La relación entre existencia de necesidades y exigencia de satisfacción. Las necesidades como razones para la acción*

Una tercera toma de postura trata de establecer las posibilidades de argumentar en favor de una exigencia de satisfacción de las necesidades humanas.

Esta posición acepta los puntos de partida de la anterior, esto es: *a*) que la existencia de una necesidad es una cuestión separada, diferente de si tales necesidades deben o no ser satisfechas, y *b*) que entre ambas no cabe una relación lógica. Por tanto, su interés se dirige a señalar que en un contexto general,

---

[30] *Ibíd*., págs. 207-11.

[31] En el mismo sentido, A. Flew señala que si se necesita algo no es por sí mismo, sino como medio de satisfacción de alguna función, propósito, fin u objetivo ulterior. Por tanto, la pregunta clave en este punto es ¿para qué? «Wants, Needs, Choices or Commands», *Human Politics*, cit. pág. 216.

una vez se ha mostrado la existencia de una necesidad, puede argumentarse que constituye una buena razón para su satisfacción;[32] por ejemplo, si se afirma que los niños tienen necesidad de amor y afecto podemos decir que ésta es una buena razón para que se satisfaga la necesidad y que si mostramos que tal necesidad existe resultaría lógicamente extraño y autocontradictorio abstenerse de exigir su satisfacción. Si bien no cabe una relación de inferencia lógica entre ambos aspectos, la relación tampoco es meramente contingente o casual. A menos que se entendiera o se caracterizara una necesidad como destructiva habría que establecer una presunción general de que las necesidades constituyen un argumento suficiente para que aparezca un deber correlativo de satisfacción y justificar a su vez con razones por qué se niega la satisfacción a determinadas necesidades.

Las necesidades deben tener algún tipo de base que permita dar razones que expliquen o fundamenten su satisfacción. En este sentido, por ejemplo, no sería suficiente decir que alguien desea o quiere algo para afirmar que debe ser realizado; ciertamente los deseos también son motivaciones para la acción y sin embargo, su eficacia de justificación de la existencia de deberes correlativos dirigidos a satisfacerlos es cualitativamente distinta a la que pueden ofrecer las necesidades, como ya se ha visto.

Si hay un dato que haga que las necesidades constituyan un concepto especial, a diferencia de los deseos, intereses o aspiraciones, es que son insoslayables, lo que no comporta la noción de inalienabilidad. En este sentido el carácter definitorio de las necesidades no es que existan en función de fines y objetivos trazados por cada uno, sino que hacen referencia a situaciones cuya no satisfacción causa un perjuicio o un daño grave al sujeto o al grupo social. Con todo, el paso a su satisfacción no puede explicarse en términos prescriptivos.

En opinión de Thomson, que compartimos, las necesidades pueden constituir razones, pero no razones concluyentes. Ésta es una noción demasiado fuerte para atender, en términos generales al componente evaluativo de muchos conceptos normativos. Por ello, la noción «débil» de razón es el camino más adecuado para este análisis. Quizá valga la pena, pues, detenerse en esa noción de razón no concluyente. La tesis de Thomson vendría a mostrar que las razones no concluyentes o razones *prima facie* no pueden ponerse de relieve a través del análisis prescriptivo, ya

[32] Ésta es la posición de K. Nielsen, «On Human Needs and Moral Appraisals», *Inquiry*, 1965-66, pág. 170.

que son razones para la acción y por tanto no es adecuado un examen en términos de imperativos, ni en términos de principios prescriptivos, ni como imperativos condicionales.

En primer término trata de mostrar que la relación que existe entre una razón y una situación (hecho/is) podría ser diferente de las relaciones entre una razón concluyente, es decir, un deber y un enunciado de ser. Si se acepta la definición de razón concluyente como deber, de modo que la persona P tiene razones para hacer A en la situación S si y sólo si P tiene razones para hacer A y no existe una acción alternativa B en situación S, tal que P tenga una mejor razón para hacer B que para hacer A, entonces existe una suerte de vacío entre afirmaciones de la forma «P necesita X» y las razones concluyentes. Sin embargo, este vacío no es exactamente el mismo tipo de salto lógico que describen los prescriptivistas y la existencia de tal vacío es consecuente con que algunos hechos sean razones para la acción. Por tanto, desde el punto de vista prescriptivo no es posible hacer un análisis adecuado de las razones no concluyentes.[33]

En segundo lugar, cabe plantear si sería posible esta modificación a través de la consideración de las razones no concluyentes en términos de imperativos condicionales, de forma que el imperativo condicional pueda representar la idea de razón como regla que específica exactamente cuándo se tiene y cuando no una razón para hacer A. Así, cuando se expresa «puedo hacer A a menos que C1, C2... Cn». Es decir, que la cláusula «a menos que» debe especificar completamente todas las situaciones posibles de manera que si alguna de ellas fuera cierta, entonces P tendría una razón concluyente para hacer A. Esto significa que si la serie C especificada en la cláusula fuera incompleta, podrían darse circunstancias al respecto y P tendría razones para hacer algo distinto de A. La cuestión entonces estriba en que la serie C especificada debe ser completa y tal empresa no parece posible, al menos por dos razones: Por un lado, si se pretende hacer un listado, existe la imposibilidad de prever y dar razón de todas las posibles combinaciones de circunstancias que pueden formar tal regia. Por otro lado, si se opta por no hacer descripciones específicas, sino generales, éstas no podrían comportar reglas cuya aplicabilidad sea establecida por la misma regla. La conclusión que de aquí se extrae es que esta segunda vía, la de los imperativos condicionales, no puede tampoco utilizarse para analizar la noción de razón como razón *prima facie*.[34]

---

[33] G. Thomson, *Needs*, cit. págs. 114-15.

[34] Íbid., pág. 117.

Una de las ventajas de las razones no concluyentes es que pueden actuar en un número indefinido de contextos, ya que independientemente del contexto no es factible esperar que se especifique cuándo alguien tiene una razón concluyente o no para una acción de determinado tipo. Sin embargo, la noción de razón concluyente es demasiado fuerte para captar en términos generales el componente evaluativo de muchos conceptos normativos. Las necesidades como razones para la acción exigen poder predicar de ellas determinadas características:

La primera, que estas razones pueden ser obviadas en ciertos casos. Lo que exige, por un lado, su no consideración como excepciones a un principio y, por otro, que para obviar una razón porque no parece adecuada, hay que tener, a su vez, razones. Si fueran consideradas como excepciones a un principio prima *facie*, tal como las entiende Hare,[35] se podrían proponer como algo casual y menos razonable que el principio y vaciarlo de contenido sin razones suficientes. Por ello, Thomson indica que los principios *prima facie* tienen la forma «hay una razón para hacer A» o «hay una razón para no hacer A» y, por tanto, que estos principios deberían ser analizados en términos de una razón para la acción. Es decir, que sería posible obviar un principio en un determinado contexto y no por ello se haría una excepción a tal principio.

La segunda característica reside en la posibilidad de poder argumentar, a este respecto, sobre aquellas razones que parecen mejores o más fuertes. Es decir, que unas razones pueden superar a otras. Esta apreciación puede servir, por ejemplo, para argumentar por qué las necesidades constituyen mejores razones que los deseos, aunque éstos también sean razones para la acción intencional, en algunos casos.

La tercera consiste en rechazar las tesis prescriptivas para explicar el concepto. Así, lo que en el terreno de la razón no concluyente parece preciso recuperar es la noción de una razón que sea posible obviar para poder hacer afirmaciones tales como «las promesas crean obligaciones» o «las necesidades proveen razones para la acción».[36]

En definitiva, tener una necesidad puede ser entendido como «hay una razón para hacer A», lo que no significa una prescripción. Las necesidades aportan argumentos sobre aquellas razones que parecen mejores o más fuertes. Por otro lado, la determinación

---

[35] Hare, *Moral Thinking*, Oxford, Clarendon, 1981, pág. 59.

[36] G. Thomson, *Needs*, cit. pág. 122.

del concepto no puede quedar limitada a la capacidad de cada persona para dar razones de sus propias necesidades, sino que éstas tienen algún aspecto de carácter objetivo.

De lo anterior se sigue, en nuestra opinión, la conveniencia de situar el planteamiento de las necesidades en el ámbito de la racionalidad discursiva, esto es, en aquel ámbito que permite dar razón de por qué se realizan determinadas acciones o por qué se toman ciertas decisiones. Lo que significa que, en definitiva, el discurso sobre las necesidades nos conduce a los criterios de razonabilidad y racionalidad.

Tomemos las dos acepciones del concepto de necesidad que nos parecen más relevantes: necesidades instrumentales, aquellas que lo son en virtud de un fin u objetivo, y necesidades fundamentales que se referirían a aquellas que evitan un perjuicio o daño grave a la persona, de acuerdo con las condiciones señaladas. Veamos si cabe hablar de racionalidad respecto a ellas. El requisito fundamental para hablar de racionalidad respecto a la acción es, tal como lo señala MacCormick,[37] que cada acto u omisión debe estar justificado con referencia a alguna razón para la acción. Es decir, un acto ha de ser entendido como racional si el sujeto tiene alguna razón para hacerlo y lo realiza por tal razón, del mismo modo que la racionalidad particular de un acto en el tiempo está condicionada por su pertenencia a un modelo de actividad «sobre» el tiempo que es en sí mismo racional. Sin embargo, son exigibles otros órdenes de razones para evaluar las de primer orden: las razones para la acción, y éstas exigen consistencia y coherencia. Asimismo, decimos que las decisiones son racionales cuando son universalizables, aptas para que cualquier persona las pueda adoptar. Cabe también que se pueda predicar de tales decisiones la cualidad sistemática del discurso. De nuevo con MacCormick, la racionalidad en la acción es algo más que tener simplemente algunas razones para realizar un determinado acto. Tanto respecto a la esfera de la razón práctica como a la especulativa son necesarias razones de segundo orden para discriminar entre las de primer orden.[38] En definitiva, se trata de poner de relieve que para afirmar que una acción es racional no basta, aun cuando a efectos explicativos haya sido el punto de partida, decir que se tienen razones para

---

[37] N. MacCormick, «Limits of Rationality in Legal Reasoning», *An Institutional Theory*, Dordrecht, Reidel Publ., 1986, pág. 190.

[38] N. MacCorrnick, *Legal Reasoning and Legal Theory*, Oxford, Clarendon, 1978, págs. 266 y sigs.

actuar, sino que tales razones precisan reunir una serie de caracteres determinados.

Sin embargo, aun cuando las decisiones hayan sido adoptadas siguiendo las exigencias del razonamiento práctico, es posible llegar a una conclusión racional pero no razonable. Como pone de relieve Aarnio[39] respecto al razonamiento jurídico, en cuanto razonamiento práctico, el discurso racional ofrece ciertas garantías para la justificación del razonamiento, pero no puede asegurar totalmente su legitimidad, esto es, la aceptabilidad del mismo. Lo que se pretende es que el modelo discursivo racional se construya como ideal a partir del cual se pueda evaluar tal legitimidad.

Hasta aquí podemos afirmar que las necesidades pueden entenderse como razones *prima facie* para la acción y de este modo podrían entenderse como hechos que por sí mismos, según la definición de Raz,[40] bastan para determinar la acción con una cierta orientación, siempre que no haya otros factores que muestren lo contrario. Ahora bien, volviendo a un argumento que ya hemos mencionado anteriormente, las necesidades no sólo constituyen razones para la acción, sino que una vez establecida una necesidad ésta es por sí misma buena razón para que sea satisfecha. Éste es el dato clave que permite hablar de las necesidades no como razones débiles sino fuertes, porque son razones suficientes o buenas razones. Acudiendo de nuevo a MacCormick,[41] una buena razón es una razón suficiente para la acción que exige, a su vez, razones evaluadoras o criterios de evaluación, a partir de los cuales es posible «preferir» unas razones frente a otras en contextos dados. A este respecto indica, como cuestión previa, cómo el tipo más simple de razón para hacer algo se encuentra en la apelación al deseo de hacerlo o como consecuencia de la satisfacción que obtendrá el sujeto por su realización, pero que los deseos, pasiones, afectos, emociones, etc., en la medida en que configuran los propósitos más primitivos -lógicamente- no son racionales ni irracionales, sino simplemente no racionales. Por ello, resulta imprescindible que los propósitos e intenciones que se trata de llevar a cabo estén sujetos a la disciplina de algún tipo de racionalidad, que puedan establecerse como órdenes de preferencia racionales, de forma que sea posible

[39] A. Aarnio, «Sobre la racionalidad. Algunas observaciones sobre la racionalidad jurídica», *ACFS*, 1983-4, pág. 17.

[40] J. Raz, *Razonamiento práctico*, México, *FCE*, 1978, pág. 29.

[41] N. MacCormick, *An Institutional Theory of Law*, cit. pág. 194.

establecer un cierto conjunto de fines, objetivos o propósitos que se determinen a partir de la generalización de los propósitos reales y actuales y cuya realización se considere admisible. Es decir, que en un sistema así establecido, no sería aceptable una razón como buena o suficiente a menos que pudiéramos realizar tales objetivos a través de acciones que en el sistema estén calificadas como buenas o en cualquier caso no erróneas. De manera que estas buenas razones lo serían tanto para guiar la conducta humana como para formularse como principios generales de acción.

De todo lo anterior cabe formular tres cuestiones que deben ser sometidas a debate:

1. Las necesidades constituyen razones para realizar determinados fines, guiar conductas, orientar acciones, etc.

2. Las propias necesidades comportan o pueden dar lugar a buenas razones o razones suficientes para exigir su satisfacción.

3. La exigencia de satisfacción de las necesidades humanas básicas ¿es una razón suficiente para su reconocimiento como derechos? Sobre esta cuestión es sobre la que hablaremos en lo que sigue.

III. SOBRE LA POSIBLE FUNDAMENTACIÓN DE LOS DERECHOS HUMANOS DESDE LAS NECESIDADES BÁSICAS

Trataremos de formular nuestra propuesta de fundamentación a través de una serie de argumentos que en realidad se dirigen a presentar problemas abiertos que deben ser sometidos a discusión. Tales argumentos nos conducirán a enunciar una conclusión poco concluyente: que la noción de necesidades humanas básicas nos ofrece argumentos nada desdeñables para clarificar, junto con otros formulados desde diferentes perspectivas, el problema abierto de la fundamentación, o, dicho en otros términos, que la teoría de las necesidades en relación con los derechos humanos es útil sobre todo a la hora de ofrecer argumentos de fundamentación de los derechos, y no para establecer directamente la existencia de los mismos. En este sentido y desde los intentos que hasta ahora se han propuesto de una posible fundamentación de los derechos humanos en las necesidades básicas podemos afirmar que el recurso a las necesidades supondría aceptar que en ellas se encuentra el sustrato antropológico de los derechos, de forma que reconocer, ejercer y proteger un derecho básico significa, en última instancia, que se pretende satisfacer una serie de necesidades, entendidas como exigencias de una

vida digna.[42] De este modo se explica la objetividad y el carácter generalizable del fundamento, que, por otro lado, supera también el reduccionismo propio de la apelación a los deseos o intereses de los individuos que daría lugar a un objetivismo extremo. En segundo lugar, las necesidades constituirían a la vez el contenido de valor que informa tales derechos, valores que por su inserción en la experiencia histórica de las necesidades sociales no configuran un sistema cerrado y estático de principios absolutos situados en una esfera anterior e independiente de la experiencia humana. Desde una perspectiva diferente hay que anotar la propuesta de Hierro en el que, posiblemente, es el primer trabajo publicado entre nosotros sobre el aspecto concreto que ahora nos ocupa[43] y en el que se mantiene el recurso a la noción de necesidades como elemento de posible objetivación de la base misma del concepto de derecho.

Efectivamente, la posibilidad de que las necesidades constituyan el fundamento o la base de los derechos puede ser formulada desde dos puntos de vista diferentes: 1) Según el primero, un derecho tiene lugar a partir de una necesidad básica porque se entiende que existe una conexión directa entre ambos. La necesidad va dirigida a algo que se considera valioso, las necesidades y los valores son afines y el derecho no se funda directamente en la necesidad, que sería un soporte ulterior, sino en el valor al que dan lugar y por lo que existe una necesidad «en orden a»; 2) la segunda versión estima que entre necesidades y derechos hay una relación mediada por la «prueba» de una exigencia fuerte (*claim*), donde las necesidades apoyarían, argumentarían a favor de un tipo de pretensión que en determinados supuestos puede traducirse en un derecho. Este último planteamiento exige no confundir necesidades como razones para la existencia de un derecho con la necesidad como derecho.

Por nuestra parte trataremos de exponer brevemente en forma de cinco tesis nuestras propuestas sobre el particular:

Primera.- La función de las necesidades básicas se cumple en la esfera de la fundamentación de los derechos humanos más que respecto a la existencia de los mismos. A la vista de lo anterior, creemos poder concluir la imposibilidad de construir una teoría de las necesidades cuya proyección sobre la teoría de los

---

[42] En este sentido, puede verse A. E. Pérez Luño, *Derechos humanos*, cit. págs. 176-184. E. Fernández, *Teoría de la justicia y derechos humanos*, Madrid, Debate, 1984, págs. 78-9.

[43] L. Hierro, «¿Derechos humanos o necesidades humanas? Problemas de un concepto», *Sistema*, núm. 46, 1982, págs. 45-61, esp. 53 y sigs.

derechos humanos resuelva todos los problemas relativos a la fundamentación y *a fortiori*, los problemas de técnica jurídica que todo ello comporta. Sin embargo, la teoría de las necesidades ofrece argumentos muy válidos para clarificar, junto con otros, el problema abierto de la fundamentación. Por lo demás, entendemos que responde a lo que sería una adecuada fundamentación, que no puede sino significar la formulación de criterios y presupuestos racionales y razonables que puedan contribuir a justificar los derechos humanos. Por tanto, el fundamento que proponemos no se presenta como absoluto, porque no se trata de reducir la multiplicidad de lo real a un único factor que determine el resto de elementos que de él derivarían y, por otro lado, habría que matizar que el hecho de reconocer la pluralidad de determinaciones y objetivaciones sociales y los diferentes criterios explicativos, no supone rechazar la búsqueda de algún tipo de fundamentación.

Segunda. -Independencia entre existencia y satisfacción de las necesidades. Entendida esta última como la esfera propia de los derechos (los derechos como exigencia de satisfacción de las necesidades). Primero, porque establecer la relación entre necesidades y valores no comporta la relación directa entre necesidades y valores jurídicos. En segundo lugar, porque el lenguaje de las necesidades es mucho más amplio que el de los derechos. Por tanto, habría que distinguir entre aquellas necesidades que pueden ser especificadas en términos de derechos y aquellas que no pueden serlo. El ejemplo básico es la necesidad de amor y afecto. No todas las necesidades supondrían derechos, porque la exigencia de su satisfacción no siempre capacita al individuo para exigirlas como tales. De modo que no todas las necesidades tienen una traslación directa al terreno de los derechos. En realidad, esta tesis se articula a través de las siguientes afirmaciones básicas:

a) Como hemos señalado, los enunciados «X necesita Y para Z»[44] y «X puede exigir la satisfacción de Y» expresan cuestiones diferentes cuya relación no es directa ni puede configurarse como una inferencia lógica.

b) Afirmar que las necesidades pueden constituir, en su calidad de buenas razones, fundamentación de derechos no significa que podamos conceptuar a los derechos como necesidades ni aun como necesidades básicas. Efectivamente, aunque se trate de

[44] A los efectos de la presente argumentación prescindimos de la discusión teórica acerca de la relevancia de la cláusula «en orden a Z» o «para Z» a la hora de la formulación del concepto mismo de necesidades.

cuestiones estrechamente implicadas tampoco cabe identificar concepto y fundamentación de derechos.[45]

c) Por otro lado, el hecho de que podamos argumentar razonablemente que las necesidades humanas básicas deben ser satisfechas no comporta que exista un derecho como tal, directamente inferido de la anterior afirmación y atribuido a los titulares de las necesidades.

d) Todo lo anterior no significa que no se pueda argumentar concretamente y queremos decir con ello argumentar de acuerdo con los parámetros de razonabilidad, de manera tal que desde la existencia de necesidades podamos llegar a la existencia de derechos. Precisamente cuando se establece la vinculación entre necesidades y derechos *prima facie* se está haciendo referencia al tipo de exigencias que comportan las necesidades que son distintas -por ser fuertes- de las exigencias propias de deseos, voliciones, aspiraciones, etc.

Tercera. -Carácter objetivable de las necesidades. A nuestro juicio es posible llegar a establecer criterios que permitan discernir cuándo estamos en presencia de una necesidad humana básica, de acuerdo con alguna de las aportaciones aquí examinadas. Efectivamente, cuando podemos razonar y analizar una situación tal que su no satisfacción causa un daño o perjuicio, no cualquier perjuicio o daño, sino el que podemos calificar como grave, tanto en orden a la supervivencia como al desarrollo de la persona como tal. Esto comporta, al menos, abordar los siguientes problemas:

a) En primer lugar, conseguir explicar por qué es malo carecer de algo o, por decirlo mejor, es necesario dar razones que prueben que en determinadas situaciones se produce directamente un perjuicio, un detrimento personal si no se satisface esa necesidad. Es decir, que tal perjuicio permanecerá y con la misma gravedad a menos que la necesidad en cuestión resulte satisfecha y que no hay forma de suplir esa carencia sino satisfaciendo la necesidad; no hay por tanto alternativas. Por supuesto que esto comporta también advertir que no toda privación o carencia tiene idénticas consecuencias, del mismo modo que no toda frustración de un deseo produce un perjuicio. Se hace preciso atender a los tipos generales de experiencias, decisiones y acciones de la persona y no a contratiempos o privaciones pasajeras o que

[45] Sobre la importancia de la distinción de ambos planos, véase F. Laporta, «Sobre el concepto de derechos humanos», *Doxa*, núm. 4, 1987, págs. 23-46.

pueden tener satisfacciones sustitutivas para determinar el contenido objetivo del daño.[46]

b) Efectivamente, la ausencia de bienes primarios constituye un perjuicio a la persona al igual que la de otras situaciones y bienes que no siendo primarios son básicos. Pero lo decisivo aquí es argumentarlo de manera que reciba esa consideración y que sea aceptado como tal perjuicio por parte de la comunidad. Esto supone, de una parte, dar razones del daño que produce esa carencia y, de otra, justificar asimismo por qué, en los supuestos concretos, determinadas carencias no deben ser satisfechas. A este respecto nos parece de enorme utilidad interpretativa el carácter de inescapability con el que Thomson define el tipo de necesidades cuya satisfacción debe alcanzar el rango normativo en cuestión.

En definitiva, con todo ello no tratamos sino de concretar una afirmación básica que obteníamos ya desde el principio: las dificultades de determinación positiva del concepto y el contenido de las necesidades humanas, incluidas las básicas.

Cuarta.- El carácter histórico de las necesidades. Éste constituye otro aspecto que resulta imprescindible señalar, ya que aun admitida la posibilidad de objetivación de las necesidades, tal como la hemos expuesto, no podemos perder de vista que tanto las condiciones en las que aparece la conciencia sobre las necesidades, como las exigencias de satisfacción de las mismas y, *a fortiori* las formas de satisfacción, son históricas. Precisamente, esa historicidad tiene como consecuencias respecto a la posibilidad de fundamentar los derechos desde las necesidades:

a) Las condiciones que de hecho permiten que surja la conciencia de las necesidades que hace posible su reconocimiento y exige su satisfacción en forma de derechos son históricas,[47] lo que quiere decir, en nuestra opinión, que obviamente no existe un catálogo cerrado de las necesidades, ni siquiera por lo que se refiere a las necesidades básicas; de otro modo volveríamos a las construcciones que presentan uno u otro modelo de naturaleza humana universal e inmutable, esto es, al paradigma clásico de

---

[46] Respecto al análisis del carácter objetivo de la noción de daño como elemento constitutivo de la noción de necesidades puede verse G. Thomson, *Needs*, cit. págs. 35-63.

[47] Sobre el carácter histórico no tanto de las necesidades en sí mismas, sino sobre todo de las circunstancias a partir de las cuales pueden ser traducidas como derechos fundamentales, véase L. Prieto, «Ideología liberal y fundamentación iusnaturalista de los derechos humanos. Observaciones críticas», *Anuario de derechos humanos*, núm. 4, 1986-87, págs. 291-321, esp. pág. 314.

la fundamentación iusnaturalista de los derechos humanos. Correlativamente, en la medida en que las necesidades constituyen razones que están en la base de los derechos, el catálogo de los mismos no puede ser cerrado, precisamente porque su propia concepción exige recoger como derechos aquellas exigencias que se consideran insoslayables porque las apoyan tales «buenas razones».

b) Por otro lado, reconocer que tanto las mismas exigencias de satisfacción de las necesidades como las modalidades con las que se puede responder a dichas pretensiones sean históricas, según es evidente, permite un acercamiento más adecuado a la fundamentación de los llamados derechos económicos, sociales y culturales y por extensión a los derechos de la tercera generación. Así se ponen de relieve las posibilidades que se abren si se conectan necesidades humanas básicas, derechos económicos y sociales y programas de desarrollo, entendiendo por tal el desarrollo de los seres humanos, lo que exige, y esto nos parece algo de gran trascendencia, cambiar los parámetros para medir estos procesos Y por tanto, no atender tanto -como criterio fundamental- a la riqueza que se produce, sino a la miseria y a las situaciones de los más desfavorecidos.[48] En efecto, la fundamentación de estos derechos no resulta fácil desde algunas de las teorías que tratan de dar respuesta al problema general de la fundamentación de los derechos característicos de la concepción liberal individualista, como ya hemos explicado. Por el contrario, desde las necesidades entendidas como buenas razones, puede ofrecerse no sólo una fundamentación más adecuada a estas categorías de derechos, sino también una respuesta que supere el problema del titular de las correlativas obligaciones. Obviamente, todo ello está estrechamente relacionado con la última de nuestras tesis.

Quinta.- Las necesidades constituyen razones para la acción. Como ya hemos advertido en la segunda tesis, el carácter normativo de las necesidades no agota su concepto ni significa una

[48] Como es sabido los programas de desarrollo económico fueron planteados a partir de la idea de necesidades básicas, sobre ello, por ejemplo: P. T. Muchlinski, «Basic Needs Theory and Development Law», *International Law if Development: Comparative Perspectives*, Abingdon, Professional Books Limited, dirigido por F. Snyder y P. Slim, 1987, págs. 237-270. I. M. Samater, «De crecimiento a necesidades básicas, la evolución de la teoría del desarrollo», Artículos de la *MONTHLY REVIEW*, Madrid, Revolución, 1986, págs. 71-85, J. McHale y M. C. McHale, *Basic Human Needs*, New Jersey, Transaction Books, 1977.

dimensión prescriptiva en sentido estricto. La idea de necesidad recoge, efectivamente, aspectos múltiples y por tanto diferentes funciones, por ejemplo, motivaciones para la acción, forma de relación del hombre con el mundo en el que vive, principio explicativo de la socialidad e incluso, desde otros presupuestos, principios regulativos, pero desde el punto de vista que aquí sostenemos, constituyen sobre todo una razón para la acción o, mejor dicho, razones. Sin embargo, no todas las necesidades, como venimos afirmando, cristalizan en derechos al no poder constituir buenas razones o razones suficientes para entender que exigen un tipo de reconocimiento, de protección y garantías que sólo el Derecho puede dar. Por ello, como explicábamos con Raz, MacCormick, Aarnio y Thomson, hay que acudir al criterio de racionalidad y razonabilidad para su traslación al ámbito de los derechos, proceso que pasa por el consenso de la comunidad para su aceptabilidad y legitimación pero que exige además un aparato discursivo racional previo. De acuerdo con ellos y tal como recientemente entre nosotros ha señalado Atienza-,[49] no utilizamos razonabilidad en un sentido amplio, sino de un modo que trata de ser muy preciso, que supone previamente, como decimos, un aparato discursivo racional, pero que apela sobre todo a las nociones de equilibrio entre las pretensiones enfrentadas y consenso. Indudablemente el problema de las necesidades es, y ello constituye una de nuestras conclusiones, sobre todo un problema de interpretación. Pues bien, precisamente en el terreno de la interpretación -por ejemplo, y muy especialmente respecto al problema de la igualdad material-, en el terreno de la argumentación jurídica y más concretamente de la argumentación judicial, con referencia a la Constitución, es donde pueden jugar las necesidades, en su relación con los derechos constitucionales y, es ahí, desde luego, donde los elementos de la noción de razonabilidad parecen especialmente adecuados al propio concepto de necesidades.

[49] M. Atienza. «Para una razonable definición de «razonable», *DOXA*, núm. 4, 1987, págs. 189-200. También J. de Lucas y E. Vidal, «Razonabilidad e interpretación constitucional: a propósito de una jurisprudencia reciente», Dirección General de lo Contencioso del Estado, Madrid. 1989 (en prensa).

NECESIDADES BÁSICAS Y DERECHOS HUMANOS

I

La comisión de derechos humanos de las Naciones Unidas empezó ya en el año 1946 los trabajos preparatorios de los pactos internacionales de los derechos humanos. En 1954, el texto de los pactos internacionales de derechos políticos y civiles, así como el de derechos económicos, sociales y culturales, ya eran objeto de discusión. Pero sólo doce años después, en diciembre de 1966, la Asamblea General de las Naciones Unidas aprobó los dos pactos. Y hubieron de transcurrir aún diez años antes de que entrasen en vigor, en 1976, tras la ratificación por treinta y cinco Estados.

Pero con esto se acaban las correspondencias de la suerte de los dos pactos. El pacto de derechos políticos y civiles ha llegado a ser parte integrante del derecho internacional. En el seno del comité de derechos humanos, se discuten los informes presentados regularmente por los gobiernos de los Estados signatarios. Las resoluciones y recomendaciones del comité gozan de un alto prestigio internacional. Los gobiernos tienen que tomarlas en cuenta; invocar la soberanía nacional o asuntos internos ya no sirve como recurso contra críticas del comité.

Diferentes gobiernos se han visto forzados a autorizar viajes de inspección destinados a aclarar la dudosa situación de los derechos humanos en los respectivos países. En los últimos años, un miembro del comité visitó regularmente Afganistán y el año pasado un grupo de expertos viajó a Cuba. Se recuerdan también las inspecciones en Argentina y Chile. Indudablemente, la situación de los derechos políticos y civiles ha mejorado, y la labor del comité de derechos humanos ha contribuido a este desarrollo positivo, aunque estemos lejos de la realización plena y mundial de estos derechos.

Contrasta con esta imagen positiva, la negligencia con la cual fue tratado el pacto de derechos económicos, sociales y culturales.

El grupo de expertos gubernamentales nombrado por el Consejo Económico y Social, se ha reunido con poca frecuencia y sus deliberaciones no suscitan la atención pública. Los informes de los gobiernos no han tenido gran valor informativo. Sólo en 1987 se nombró un comité de expertos independientes, comparable en sus competencias y procedimientos con el comité de derechos humanos. Sin embargo, está aún por ver si esta reforma refuerza visiblemente el pacto de derechos económicos, sociales y culturales.[1]

Los resultados discrepantes de los dos pactos requieren una explicación. Los objetivos del pacto de derechos políticos y civiles, caben dentro de una concepción tradicional del derecho constitucional. Tanto para redactar el texto, como para su interpretación y aplicación jurídicas, el comité podía recurrir a la experiencia acumulada en materia de derecho constitucional en muchos Estados signatarios del pacto. Por su parte, el público jurídico observaba las actividades del comité y las comentaba, a veces aprobándolas, a veces criticándolas, pero siempre con simpatía. La existencia de tribunales constitucionales en muchos países, subrayaba la justiciabilidad de los derechos políticos y civiles.[2]

La situación de los derechos económicos y sociales se presenta de otro modo, debido a la innovación jurídica que supone: La legislación tradicional en materia económico-social se refiere a actividades: el ciudadano tiene el derecho de hacer X; está prohibido hacer Y, es obligatorio hacer Z. Los razonamientos subyacentes a estas legislaciones son los siguientes:

1. Tenemos la situación A, la cual queremos que cambie en B. A tal efecto, obligamos a los afectados a hacer Z.

2. Tenemos la situación C, la cual queremos conservar; por lo tanto, queda prohibido hacer Y.

Otros razonamientos más diferenciados, pretenden surtir efecto, no a través de la creación de obligaciones o prohibiciones, sino de incentivos y desalientos. En estos casos los afectados tienen el derecho de hacer u omitir X, aprovechando las ventajas o soportando las desventajas, según el caso. En todo caso, esta legislación es un medio para alcanzar objetivos socio-económicos. Es evidente que un razonamiento de este tipo está sujeto a muchas imponderabilidades. La historia está llena de ejemplos

---

[1] Alston, Philipp, «Out of the Abyss: The Challenges confronting the New UN Committee on Economic, Social and Cultural Rights», en *Human Rights Quaterly*, vol. 9, 1987, págs. 332-381.

[2] Alston, *op. cit*., pág. 351.

de consecuencias no planeadas que han impedido la realización de los fines pretendidos. Por esta inseguridad insuperable, resultan interminables las discusiones, conflictos y disputas sobre política económica y social, aun cuando exista consenso sobre los fines. La tentativa, pues, de formular a nivel mundial «derechos económicos y sociales» que deberán formar parte del derecho internacional, sería una tarea imposible, si se incluyeran leyes en el sentido tradicional de la palabra. Consecuentemente, el pacto no intenta precisar las políticas recomendables para la realización de los derechos socio-económicos. Se limita a formular objetivos, dejando sin tratar los medios para alcanzarlos. La formulación del texto no oculta el carácter de compromiso entre ideologías contradictorias. En consecuencia, las interpretaciones del texto se diferencian según la ideología del intérprete.

Esta situación explica el poco interés que el pacto de derechos económicos, sociales y culturales ha suscitado en la comunidad internacional de juristas. Sólo a partir de los últimos años ha surgido un debate científico sobre estos derechos. La extensa documentación que el *Human Rights Law Journal* publica desde 1980 en su sección *Decisions and Reports* (Fallos e informes) no incluye hasta ahora ningún caso de litigio por violación de un derecho económico o social.

El pacto internacional de derechos económicos, sociales y culturales, tiene el carácter de un catálogo de objetivos simpáticos, pero difícilmente se lo puede entender como instrumento legal.[3]

---

[3] La lectura concienzuda de los *Limburg Principles on the Implementation of the International Covenant on Economic, Social and Cultural Rights* (UN Doc. E/CN.4/1987/17, Annex), que formulan principios de interpretación del pacto, no conduce a otra conclusión: se evita cuidadosamente cualquier alusión directa o indirecta a medidas o políticas específicas que pudieran facilitar (o impedir) la realización de los objetivos del pacto. Sin embargo, el inciso 20 de los *Limburg Principles* podría -una vez puesto en práctica- revolucionar el rol de las Naciones Unidas discutiendo en un ámbito internacional las políticas socioeconómicas de los países: «20. *The appropiarteness of the means to be applied by a particular state shall be determined by that State party, and shall he subject to review by the United Natiotis and Social Council, with the assistence of ihe Committee.»* Pero, los Limburg Principles son el resultado de discusiones de 29 *«distinguished experts in international law, convened by the International Commission of Jurists, the Faculty of Law of the University of Limburg (Maastricht, the Netherlantls), and the Urban Morgan Institute for Human Rights, University of Cincinnati (Ohio, USA)»*. Es decir, se trata de un documento científico, no diplomático. Además, entre los países de origen de tales participantes, que no eran representantes de organismos internacionales o de instituciones patrocinadoras, figuraban sólo dos países del Tercer Mundo:

El intento de hacer efectivos derechos socioeconómicos a través de disposiciones legales ha fracasado, sobre todo en el Tercer Mundo. O bien las disposiciones legales no han cambiado la realidad socioeconómica caracterizada por un hambre, analfabetismo y una miseria generalizados; o bien una política leninista ha llegado a una distribución más o menos igualitaria de la pobreza, mejorando los niveles de educación y de asistencia sanitaria, pero acompañándola de importantes violaciones de los derechos políticos y pagando el precio de un estancamiento económico generalizado.

Me parece obvio que los derechos humanos tienen que ser contemplados en conjunto: no se puede emprender la tarea de hacer efectivos los derechos socioeconómicos por medios que violan los derechos políticos.[4]

II

La tesis que trato de fundar en estas reflexiones reza: la realización de derechos económicos, sociales y culturales es un proceso social. El Estado no puede dirigir este proceso directamente. Pero el papel del Estado es importantísimo para proporcionar un marco legal, dentro del cual los ciudadanos se esfuercen ellos mismos por realizar sus derechos socioeconómicos.

Es evidente que esta tesis sobrepasa los límites de una interpretación jurídica o filosófica de los derechos humanos. Significa entrar en la polémica científica y política en torno a las estrategias de desarrollo. No se trata de fundamentar o justificar la idea de los derechos humanos en materias socioeconómicas, sino de reflexionar sobre la posibilidad de fertilizar la teoría y la política de desarrollo con la inclusión de los derechos humanos en el discurso sobre el porvenir de la humanidad.

Obviamente, no puedo agotar esta problemática universal en las observaciones modestas que siguen. Me limitaré a delinear brevemente uno de los múltiples problemas que se imponen a

---

México y Senegal. Todo este contexto justifica un cierto escepticismo en referencia a la eficacia de estos principios en el ámbito de las Naciones Unidas. «The Limburg»

[4] «3. *As human rights and fundamental freedoms are indivisible and interdependent, equal attention and urgent consideration should be given to the implementation, promotion and protection of both civil and political, and economic, social and cultural rights*.» *íbid*., pág. 123.

cualquier investigador de temas de desarrollo: la relación del llamado «sector informal» con el Estado. Este problema puede observarse en todos los países del Tercer Mundo, sin que importe la estrategia de desarrollo seguida por el gobierno respectivo. El director del Programa Mundial del Empleo presenta el asunto como sigue: «Resulta urgente diseñar una política hacia el sector informal. Se estima que más de treinta millones de personas laboran en este sector de la economía, que ha operado como una suerte de seguro de desempleo en casi todos los países de la región. Las políticas hacia el sector informal deberían orientarse a reforzar su capacidad productiva y a superar los obstáculos que representan para el desarrollo del sector algunos aspectos de la legalidad e institucionalidad vigentes».[5] Es por razones prácticas y de evidencia, por lo que aquí me refiero a un caso específico, basándome en una investigación empírica que Hernando de Soto y sus colaboradores realizaron en Lima y que se publicó bajo el título *El otro sendero*. La revolución informal en noviembre de 1986.[6] En diciembre de 1987 apareció la décima edición del libro, elevándose así su tirada a más de sesenta mil ejemplares. Para Perú, un verdadero *bestseller*.

El libro cuenta la historia de la lucha diaria de cientos de miles, posiblemente de millones de personas en Lima, para satisfacer sus necesidades básicas: vivienda y alimentación. Las actividades económicas parecen, a primera vista, convencionales: negocios de cualquier clase, desde vendedores ambulantes hasta comercio al por mayor, artesanía, pequeña industria, transporte urbano, etc. Esta variedad de ocupaciones indica algo obvio que, sin embargo, a menudo se olvida: la sociedad informal está estratificada en sí misma. No es la masa amorfa del *Lumpenproletariat* marxiano. La percepción de los asentamientos informales como centros de delincuencia y prostitución, no refleja la realidad social, sino los prejuicios de las clases alta y media hacia los informales. Habrá criminales, mendigos y prostitutas. Pero son grupos minoritarios no representativos para el conjunto social de la informalidad. Más representativos son los oficios de artesanía, comercio, pequeña industria y transporte. Esto indica que el sector mueve capitales apreciables, aunque parezcan muy modestos en cada caso individual. Lo sorprendente que explica la

---

[5] Tokman, Víctor, «Ajuste estructural. La deuda social de América Latina», en *El País*, 10 de abril de 1989, pág. 62.

[6] De Soto, Hernando, en colaboración con Enrique Ghersi, Mario Ghibellini y el Instituto Libertad y Democracia (ILD), *El otro sendero. La revolución informal*. Prólogo de Mario Vargas Llosa, Lima/ Bogotá, 1986.

discusión en el presente contexto es que todas estas actividades son ilegales. Llamarlos «informales» es un eufemismo basado en el hecho de que la multiplicidad de actos ilegales trae consigo la imposibilidad de imponer la ley. Por esta razón, meramente práctica, la ilegalidad se convierte en extralegalidad. En legalidad no puede convertirse. Los costos de la legalidad son prohibitivos: colaboradores de Hernando de Soto simularon la constitución regular de «un pequeño taller de confecciones de prendas de vestir», haciendo directamente los trámites respectivos.[7] «Los resultados arrojaron que una persona modesta debía tramitar por 289 días antes de obtener los once requisitos previos a la instalación de una pequeña industria».[8] «Se incurre en un costo por trámites de 194,4 dólares. Además la espera de casi diez meses para iniciar las actividades produce una pérdida de utilidades netas de 1.036,6 dólares; de manera que el costo total de acceso a la pequeña industria es de 1.231 dólares, equivalente a 32 veces el sueldo mínimo vital».[9]

La legalidad no está al alcance de los pobres. Y este hecho no sólo se refiere a la actividad económica, sino también a la vivienda. Al comienzo de los años 80, aproximadamente la mitad de las viviendas de Lima pertenecían a asentamientos informales; «para fines de 1985, por cada 100 casas levantadas ese año en Lima, los informales eran propietarios de 69 y los formales sólo de 31.»[10]

La conversión de la ilegalidad en extralegalidad no da seguridad a los afectados. En la historia contemporánea de Lima, abundan tentativas frustradas de imponer el orden legal a la informalidad de la vida social. Las acciones policiales a fin de limpiar las calles de la capital de los vendedores ambulantes, para impedir la toma violenta de terrenos sin edificar para construir viviendas, etc., siempre han fracasado. Pero constituyen una amenaza constante para los hombres y mujeres que no ven -y de hecho no tienen- ninguna otra alternativa para ganarse la vida. Y es esta amenaza la que caracteriza la imagen del Estado y de sus agentes. Se presentan como un poder incalculable del que uno debe captarse las simpatías por el medio de pagos, también ilegales.

Pienso que toda esta problemática se encuentra en el centro mismo de nuestro tema de «necesidades básicas y derechos humanos».

---

[7] *Íbid*., pág. 173.

[8] *Íbid*., pág. 174.

[9] *Loc. cit*.

[10] *Íbid*., pág. 59.

Los informales se esfuerzan enormemente por satisfacer sus necesidades más fundamentales: alimentación y vivienda. Y lo hacen por iniciativa propia y sin esperar que alguna autoridad benévola o una agencia internacional les ayude con propinas o limosnas. Las condiciones que incitan a estos esfuerzos son sumamente difíciles. La dificultad más importante es la marginalidad jurídica. Ya no se puede hablar de marginalidad social, primero, porque no se puede calificar de fenómeno marginal a un sector que posiblemente comprende la mayoría de la población; segundo, porque las interacciones y penetraciones mutuas de los sectores formales e informales son tan intensas, que una división es imposible y carecería de sentido.[11] Pero persiste la marginalidad jurídica. La población activa en el sector informal no goza de la función protectora del derecho formal, ni en lo que se refiere a las interacciones de los informales entre sí, ni con respecto a las transacciones con el sector formal, o a los trámites en la burocracia estatal.

Desde el punto de visa de la teoría del derecho y del Estado, los informales actúan en un espacio sin orden jurídico. Se encuentran en una situación de tolerancia precaria, intrínsecamente ilegal. Piensan poder mantener esta situación sólo por pagos «útiles», que tienen más el carácter de tributos feudales que de soborno, por no hablar de impuestos legales.

Ello se debe primordialmente a que no tienen ninguna propiedad legal. No disponen de nada más que de derechos de usufructo, revocables en cualquier momento, del terreno donde han construido su casita o choza, del puesto de venta en alguna calle, del taller donde trabajan en su oficio, o de la ruta en la cual desempeñan el transporte urbano con sus microbuses o furgonetas.

---

[11] Esta afirmación no supone que no exista marginalidad social. Pero niega la identificación de los informales con los marginales. «La sociedad formal considera al individuo o grupo de pobres o marginales como 'incapaces' de integrarse a la sociedad formal en la cual las personas supuestamente tienen posibilidades de triunfar 'si se esfuerzan y trabajan'. Al culpar de esta manera al propio marginalizado de su marginación, miseria y pobreza, la sociedad, a través de un discurso ideologizante, logra hacerle creer que es realmente incapaz y culpable de su condición: incapaz de dar pasos hacia soluciones de los problemas con su fuerza y sus propios medios.» Glauser, Benno, «Elementos de la cultura como respuesta a la vida en barrios marginales de Asunción», en *Ifda dossier*, núm. 68, november/december 1988, págs. 17-18. El marginado ha perdido la confianza en sí mismo, se identifica con los prejuicios de la sociedad formal. El trabajador informal sabe muy bien diferenciar entre los obstáculos que impone la estructura social y política a su porvenir, y la capacidad y el esfuerzo de los que él mismo dispone para enfrentarse a estos obstáculos.

En las interacciones entre sí, se encuentran en una situación pre-estatal, en una situación de estado natural, para decirlo en términos clásicos de la teoría política. Existen normas sociales, pero no existe autoridad central que imponga estas normas en caso necesario.

Las transacciones comerciales del sector informal no se diferencian fundamentalmente de las que realiza el sector formal: se compra y se vende, se reciben créditos y se amortizan, se conciertan contratos entre abastecedores y clientes, etc. A falta de un derecho formal, estas transacciones se rigen por un conjunto de normas que Hernando de Soto llama la «normatividad extralegal».[12] Está basada exclusivamente en el acatamiento voluntario de los deberes y derechos mutuos de las partes interesadas. Solamente en casos excepcionales, cuando los intereses de una colectividad se ven afectados, puede hacerse presión social contra el infractor de un contrato. El hecho de que la protección jurídica formal resulte inasequible, presenta el más grave obstáculo para el aprovechamiento óptimo de los recursos de los informales. Hernando de Soto enumera tres deficiencias jurídicas al respecto: falta de la garantía de la propiedad; falta de un derecho de contratos realizable, que permitiría transacciones con personas desconocidas; y falta de un derecho de responsabilidad extracontractual. También el sector formal sufre, por lo menos parcialmente, estas deficiencias jurídicas; pero éste sabe compensar sus consecuencias perjudiciales recurriendo a regulaciones administrativas por parte de órganos estatales. Veremos este punto más adelante.

III

Resumiendo lo expuesto hasta aquí, podemos decir: un sinnúmero de personas de los estratos inferiores de la sociedad, realiza diariamente esfuerzos extremos para ganarse la vida y asegurarse un techo para dormir. Lo hace al margen o fuera del orden legal existente. En sustitución de éste desarrolla un sistema de normatividad extralegal, con el cual intenta compensar la falta de derecho formal justiciable, sin llegar a conseguirlo plenamente.

Una tal normatividad pre-estatal y exclusivamente social sin poder central, requiere para su funcionamiento un alto grado de

[12] De Soto, *op. cit.*, págs. 23, 71, 73 e.a.

aceptación y legitimación. Cualquiera que se sienta perjudicado por alguna norma, puede sustraerse de la misma sin que existan sanciones efectivas.

Podemos conjeturar, pues, que la normatividad extralegal cumple con el requisito de justicia política que formula Otfried Höffe: La coexistencia en libertad distributivamente ventajosa (*Die distributiv vorteilhafte Freiheitskoexistenz*)».[13] ¿Qué quiere decir eso? Aceptar normas significa *eo ipso* aceptar límites de la libertad. Estos límites requieren justificación y legitimación. Y éstas se producen por el hecho que la coexistencia sea «distributivamente ventajosa», es decir, ventajosa para cada uno individualmente, no sólo para la colectividad. Es importante que quede claro que se trata de la distribución primitiva por medio del trueque justo, y no de la redistribución de ganancias antes distribuidas.

El dilema de tal normatividad sin poder central, consiste en la imposibilidad de resolver el problema del polizón (*free rider*). Es imposible impedir que algunos se aprovechen de las renuncias de los demás a ciertas acciones, es decir, que se aprovechen de las restricciones voluntarias de la libertad ajena, sin que ellos mismos se dejan regir por estas normas. Volveremos a este problema enseguida.

El medio más importante del trueque distributivamente ventajoso, es el contrato que celebran dos o más personas para provecho de cada una de las partes contratantes. El contrato también es -y con esto entramos en la economía- un medio para disponer de recursos. Solamente puede disponer de recursos, quien cuenta con propiedad, sea propiedad propia, sea propiedad ajena de la cual está autorizado a disponer por vía de contrato. El contrato es, por su naturaleza, una decisión que compromete a las partes para el futuro. Pero el contrato como medio de auto-organización social, necesita requisitos indispensables, los cuales no pueden realizar las partes contratantes. Estos requisitos son:

Primero.- La garantía de la propiedad que permita al hombre disponer de recursos.

Segundo.- La existencia de un poder central que imponga el contrato en caso de conflicto.

Tercero.- Seguridad frente a posibles consecuencias de actividades contractuales socialmente nocivas, es decir, un derecho

---

[13] Höffe, Otfried, *Politische Gerechtigkeit. Grundlegung einer kritischen Theorie von Recht und Staat*, Frankfurt /M, 1987, pág. 382.

de responsabilidad extracontractual. Estos requisitos indispensables tiene que proveerlos el Estado. Un Estado que niega a sus ciudadanos estas condiciones para sus actividades socio-económicas, dificulta el abastecimiento de las necesidades básicas. Me parece que esto constituye una violación de derechos humanos.

Es sorprendente que, en estas reflexiones sobre la satisfacción de necesidades básicas de los más pobres en el Tercer Mundo, se hable tanto de la garantía del derecho a la propiedad. El asunto me parece tan importante que me permito una pequeña disgresión.

El discurso europeo sobre la función social de la propiedad, se dedica primordialmente a discutir cómo se puede proteger a los pobres contra la dominación por parte de los ricos.[14] La mayoría de los países del Tercer Mundo ha imitado esta actitud, por lo menos en las palabras. Y es un punto de vista muy cierto. Es preciso proteger al peón de una hacienda azucarera de las Filipinas o del nordeste del Brasil, contra el poder arbitrario del latifundista respectivo. Esta protección es desesperadamente deficiente en los países mencionados y en muchos otros. Pero, ¿constituye la posibilidad de abuso por parte de la gran propiedad una razón suficiente para descalificar absolutamente al concepto de propiedad? La declaración universal de derechos humanos de 1948 dice en su artículo 17: «Toda persona tiene derecho a la propiedad, individual y colectivamente. Nadie será privado arbitrariamente de su propiedad.» Es correcto objetar que el pacto internacional de derechos económicos, sociales y culturales de 1966, no menciona el derecho a la propiedad. Pero esta falta se explica por la fuerte presencia de países socialistas en las Naciones Unidas.

Es evidente que se necesita una reforma agraria en las Filipinas y en Brasil y en otros países. Pero, ¿qué sistema de tenencia de tierra reemplazará al latifundismo? Experiencias poco dignas de imitación han podido verse en varios países, donde reformas agrarias sustituyeron a un latifundista todopoderoso por un administrador igualmente todopoderoso, por lo menos en su trato con los peones.[15] Una reforma agraria razonable debe

---

[14] Véase, por ejemplo, Rittstieg, Helmut, *Eigentum als Verfaissungsproblem. Zu Geschichte und Gegenwart des bürgerliceh Verfassungsstaats*, Darmstadt, 1976. Schwartländer, Johannes y Dietmar Willoweit (eds.), Das Recht des Menschen auf Eigentum, Kehl y Strasbourg, 1983 (Tübinger Universitätsschriften Forschungsprojekt Menschenrechte, vol. 3).

[15] Un caso ejemplar se podía observar en el Perú, cuando el gobierno militar del general Juan Velasco Alvarado realizó una reforma agraria bastant

desembocar en alguna forma de propiedad que incluya para los favorecidos la libertad de disposición.

Sabemos por múltiples experiencias, que la mera expropiación no resuelve ningún problema pero plantea muchas dificultades nuevas. La reforma agraria es, indudablemente, un requisito indispensable para el desarrollo rural en muchos países del Tercer Mundo; solamente combinándola con todo un paquete de medidas acompañantes, que no puedo detallar aquí, se convierte en un requisito suficiente.[16]

Volvamos a las reflexiones teóricas sobre la propiedad. La preocupación dominante por la gran propiedad, que en el Tercer Mundo es a menudo de origen colonial y características feudales, ha oscurecido una relación elemental: la relación entre propiedad y trabajo. Cuando se introdujo la libertad industrial en la segunda mitad del siglo XVIII, esta relación quedaba bien clara. En el decreto del ministro Turgot de 1776 sobre la libertad industrial en Francia, se habla de las necesidades que el hombre tiene que satisfacer por el trabajo, y se afirma que «el derecho al trabajo es la propiedad santa e inalienable del hombre. Acabemos por esto con toda institución que impida a los necesitados vivir de su trabajo».[17] Y, otra vez, tenemos que revisar la comprensión europea del derecho a trabajar antes de discutir sobre el contenido que tenga para el Tercer Mundo. El derecho a trabajar se convertía en la discusión europea en un «derecho al trabajo», entiéndase por «derecho al trabajo», el derecho a una plaza de plantilla como obrero dependiente. En este sentido, el derecho al trabajo se encuentra en algunas constituciones y figura también en el pacto internacional de derechos económicos, sociales y culturales. No voy a entrar en la polémica sobre un tal

---

radical en 1969. Véase, por ejemplo, Bourque, Susan C. y David Scott Palmer. «Transforming the Rural Sector: Government Policy and Peasant Response», en Lowenthal, Abraham F. (ed.), *The Peruvian Experiment: Continuity and Change under Military Rule*, Princeton N. J., 1975, págs. 179-219. Hardin, Colin, «Land Reform and Social Conflict in Peru», en Lowenthal (ed.), *op. cit.*, págs. 220-253.

[16] Con mucha razón, la reforma agraria es un tema clave del debate sobre el desarrollo desde mucho tiempo. Me limito a mencionar dos títulos ya clásicos: Delgado, Óscar (ed.), *Reformas agrarias en la América Latina*, México DF. y Buenos Aires, 1965. Warriner, Doreen, *Land Reform in Principle and Practice*, Oxford, 1969.

[17] Ramm, Thilo, «Das Recht auf Arbeit und die Gesellschaftsordnung», en Ryffel, Hans y Johannes Schwartländer (eds.), *Das Recht des Menschen auf Arbeit*, Kehl y Strasbourg, 1983 (Tübinger Universitätsschriften Forschungsprojekt Menschenrechte, vol. 4), pág. 66.

«derecho al trabajo» como derecho constitucional en Europa. Pero insisto en que, refiriéndose al Tercer Mundo, un tal derecho queda en plano de mera retórica, sin consecuencias positivas algunas.

Típico, en este sentido, es el artículo 14 de la declaración americana de los derechos y deberes del hombre: «Toda persona tiene derecho al trabajo en condiciones dignas y a seguir libremente su vocación, en cuanto lo permitan las oportunidades existentes de empleo.

Toda persona que trabaje tiene derecho de recibir una remuneración que, en relación con su capacidad y destreza le asegure una vida conveniente para sí misma y su familia.»

Cambiando la sintaxis de la primera frase, resulta lo siguiente: Quien tiene empleo, tiene derecho a condiciones dignas en su puesto de trabajo. La realidad socioeconómica, caracterizada por una mayoría de personas fuera de empleos formales, queda completamente excluida de este pensamiento jurídico. Y esta negligencia se convierte en puro cinismo, al compararlo con el artículo 37: «Toda persona tiene el deber de trabajar, dentro de su capacidad y posibilidades, a fin de obtener los recursos para su subsistencia o en beneficio de la comunidad.»

No es necesario ser marxista para llegar a la conclusión de que los derechos humanos son un pensamiento de ricos para ricos, teniendo en cuenta que en el Tercer Mundo los obreros con empleo fijo forman parte de las clases privilegiadas.

Entonces, ¿qué significa «el derecho a trabajar» en el contexto de una política de satisfacción de necesidades básicas? Tenemos que renunciar a formular un derecho justiciable directamente, porque hoy en día y durante un largo tiempo, es imposible asegurar a los hombres del Tercer Mundo puestos de trabajo mediante medidas administrativas. Pero lo que hay que reivindicar es un orden político y jurídico que no discrimine a las personas que buscan posibilidades de trabajo para ganarse la vida, sino que las fomente.

Durante un tiempo incalculable, un sinnúmero de personas, la mayoría en muchos países, seguirá esforzándose por sobrevivir en el sector informal. El trabajador eufemísticamente llamado «Independiente» no sólo no goza de ninguna protección social por parte del Estado, sino que también ve obstaculizados sus esfuerzos por parte de una administración pública que quiere seguir los modelos de países industrializados, pero ni siquiera regula eficientemente el sector formal. Para el orden jurídico y administrativo, el sector informal constituye una economía sumergida, a lo sumo tolerada. La regulación del sector formal no

funciona por leyes generales vigentes para todos los ciudadanos, sino por disposiciones administrativas específicas a fin de favorecer grupos o personas, desfavoreciendo intrínseca o abiertamente a otros. Cualquier actividad económica adquiere el carácter de un privilegio otorgado por la autoridad del Estado. Y el proceso político degenera en la lucha por el acceso al poder para fomentar intereses particulares en detrimento de los demás.[18] El sector formal goza de estos privilegios que le protegen de la competencia de otros sectores y se contenta con las limitaciones del desarrollo que esta actitud trae consigo. Los informales no quieren favores, sino condiciones legales de igualdad, y esto les es negado.

IV

Después de tanta polémica, es preciso reflexionar sobre el concepto de necesidades básicas y su relación con los derechos humanos. La preocupación por las necesidades básicas resulta del descontento creciente, tanto con los indicadores convencionales de medición de desarrollo como con los resultados desesperados de la política de desarrollo seguida durante décadas. Para nuestro contexto, sólo el segundo aspecto tiene importancia. Se trata de proyectar una nueva política de desarrollo apta para el mejoramiento encauzado de las condiciones de vida de los estratos más pobres de las sociedades respectivas.

¿Qué significa «mejorar las condiciones de vida mediante la satisfacción de necesidades básicas?» Cuando, a causa de una catástrofe natural, faltan alimentos y la muerte de muchas personas está a la vista, la solución del problema es teóricamente fácil: hay que proveer a la gente de alimentos para salvar vidas. Y felizmente, conocemos bastantes ejemplos de ayuda rápida y eficiente. Pero este caso extremo sirve poco de orientación, porque reduce el problema a una sola dimensión. Siendo relativamente exitosa una acción de ayuda inmediata en una situación de emergencia, pronto llega el momento en el que el abastecimiento de alimentos ya no basta para satisfacer las necesidades básicas.

Se ha escrito mucho últimamente sobre las consecuencias nocivas de una prolongada ayuda alimenticia porque perjudica la producción agraria interna, empeorando aún más el nivel de

[18] De Soto, *op. cit*., págs. 239 y sigs.

vida de los campesinos. Pero en este debate han prevalecido los argumentos económicos, aunque los puntos no-económicos tengan por lo menos la misma importancia. Un slogan frecuentemente usado -y cierto a mi parecer- en el debate sobre ayuda al desarrollo, habla de la «ayuda a la auto-ayuda». Este *slogan* indica que no sólo se trata de mejorar situaciones económicas, sino que el mejoramiento de las condiciones de vida tiene que ser a su vez consecuencia del crecimiento de la capacidad productora de los afectados. Para lograr esto se necesita más que contribuciones materiales. El crecimiento de la capacidad productora resulta de la intensificación del control y del uso de los recursos disponibles, de procesos de aprendizaje que incluyen cambios de las interacciones, resultando eventualmente invenciones sociales. En una palabra: la estrategia de satisfacción de necesidades básicas no consiste en técnicas de crecimiento económico, sino en esfuerzos para dinamizar una sociedad desde los estratos más modestos.

Con esto, las estrategias de las necesidades básicas caen en un dilema: si se logra el propósito de dinamizar la sociedad, resultarán inevitablemente conflictos sociales y políticos. Los gobiernos, para evitar estos conflictos, prefieren ofrecer proyectos de necesidades básicas en las formas tradicionales de instituciones de servicios, administradas por funcionarios. Educación formal y asistencia sanitaria figuran por esto tan alto en las listas de prioridades de gobiernos autoritarios. Los receptores han de quedar en condición de clientes dependientes del *big brother*. El crecimiento de la capacidad productora propia de la gente es visto como inoportuno. Consecuentemente, la planificación del desarrollo consiste hasta hoy en una planificación central, trazada por «expertos altamente cualificados», que tienen inmensas dificultades en integrar a los afectados en los procesos de elaboración y ejecución de planes. Los llamados «favorecidos» persisten en una actitud de consumidores, lo que es contraproducente bajo el aspecto de la estrategia de necesidades básicas esbozada.

En otras palabras: las estrategias de satisfacción de necesidades básicas, aptas para alcanzar el fin de crecimiento de la capacidad productora, ampliarán el espacio de acción autónoma de los favorecidos ante otros agentes, incluido el Estado. Autonomía quiere decir: enumerar por derecho propio las múltiples alternativas de acción, seleccionar las más adecuadas, disponerlas según orden de prioridades y llevarlas a cabo. Además, por derecho propio, organizar y estipular las relaciones materiales y no-materiales con el ambiente social.

Con este argumento volvemos a los derechos humanos. El

inciso uno del artículo primero, común a los dos pactos internacionales de derechos humanos dice: «Todos los pueblos tienen el derecho de libre determinación. En virtud de este derecho establecen libremente su condición política y proveen asimismo a su desarrollo económico, social y cultural.» Los gobiernos del Tercer Mundo suelen interpretar este texto como prohibición implícita de la democracia, en particular del colonialismo. Esta interpretación es justa pero incompleta. El inciso no habla de gobiernos sino de pueblos. El texto reclama categóricamente la democracia, siendo esta forma de gobierno la única legítima a la luz de los derechos humanos. No es necesario identificar esta autodeterminación democrática con la democracia del Atlántico Norte. Pero no es admisible que los gobiernos tracen planes de desarrollo, con o sin participación extranjera, y traten de realizar estos planes en última instancia con medidas violentas, sin enterarse de los pareceres posiblemente bien distintos de la población.

Informa el africanista alemán Franz Ansprenger, de que en Tanzania, después de la independencia, el gobierno intentó por todos los medios destruir las cooperativas cafeteras de mayor éxito, por no ser suficientemente socialistas.[19] Esta actitud -y existe un sinnúmero de ejemplos parecidos -no sólo es una tontería en términos económicos, sino que constituye un ataque frontal contra los derechos humanos y la satisfacción de necesidades básicas.

Los gobiernos del Tercer Mundo, temiendo perder el control de sus sociedades, han optado por una política mercantilista, que no se basa en un sistema de derechos iguales para todos los ciudadanos, sino que desea dominar la sociedad otorgando o denegando privilegios y protección a grupos específicos. De esta manera, se excluye del sistema legal a un creciente sector de la sociedad, lo que pone en peligro no sólo la estabilidad de los regímenes, sino el desarrollo mismo de las sociedades. Esta crítica acierta igualmente en los gobiernos de derecha y de izquierda:

«... entre el mercantilismo de derecha y el de izquierda existen, por supuesto, diferencias: unos gobernarán para servir a la inversión extranjera o ayudar a los empresarios nacionales, y otros para redistribuir el bienestar hacia los más necesitados. Pero en todos los casos lo harán con malas leyes, favoreciendo explícitamente a algunos y desfavoreciendo a otros. Entonces,

---

[19] Ansprenger, Franz, «Versagen und Leistung des unabhängigen Afrika», en *Aus Politik und Zeitgeschichte-Beilage zur Wochenzeitung das Parlament*, num. B 29/30-86, 19 de julio 1986, pág. 10.

aunque sus objetivos parezcan distintos, lo que resulta es que en el Perú se pierde o se gana por vía de la decisión política. Existen seguramente muchas diferencias entre un zorro y un lobo, pero desde el punto de vista de un conejo son más relevantes sus similitudes.»

«Hoy en día, izquierda y derecha coinciden en ver la informalidad como problema. Ninguna parece haberse dado cuenta de las soluciones que ese mismo problema ofrece; es decir, la forma de utilizar la energía inherente al fenómeno para crear riqueza y un orden distinto. Quizás sea porque, como buenos mercantilistas, la posibilidad de convertir un problema en solución les huele a alquimia, o tal vez porque se oponen a la iniciativa privada de origen popular. Como buenos mercantilistas, coinciden en sentirse seguros sólo si las respuestas son dictadas por una autoridad superior dentro del orden centralista».[20]

Los gobiernos centralistas del Tercer Mundo, sean democráticos o dictatoriales, están en crisis. No tienen la capacidad de satisfacer las necesidades básicas de sus pueblos; y, al mismo tiempo, intentan conservar estructuras jurídicas y administrativas que obstaculizan la satisfacción de necesidades por parte de los necesitados mismos. Y esto constituye una violación de derechos humanos.

[20] De Soto, *op. cit.*, pág. 292.

A R T Í C U L O S

SOBRE LA VIGENCIA Y LA VALIDEZ DE LAS NORMAS JURÍDICAS

I. INTRODUCCIÓN

El propósito del presente trabajo es hacer una especie de balance de las contribuciones de algunos de los principales filósofos del derecho de nuestro siglo al problema de la vigencia y la validez de las normas jurídicas. Me referiré fundamentalmente a las teorías de Kelsen, Ross y Hart, y aludiré al final al pensamiento de Dworkin como contrapunto crítico del positivismo jurídico, del que, como es sabido, él toma como modelo la obra de Hart. Las expondré sumariamente y, al mismo tiempo, las iré comentando con la intención de determinar qué es lo que, a mi modo de ver, queda claro sobre el asunto después de dichas contribuciones y de las polémicas cruzadas que, de modo explícito o implícito, han supuesto.

Para fijar el alcance del tema es necesario precisar el significado que aquí se atribuye a los términos vigencia y validez. Conforme al uso normal en nuestro lenguaje jurídico utilizaré *vigencia* como sinónimo de existencia. «Norma vigente» significa «norma existente». Ahora bien, las normas jurídicas existen siempre en una sociedad y en un tiempo determinados. Por tanto, por norma vigente se entiende una norma que existe actualmente como tal en una sociedad determinada. Norma no vigente sería una que no existe actualmente en dicha sociedad, bien porque existió en el pasado pero ahora es ya parte del derecho histórico de la misma, bien porque se trata de un mero proyecto, de una norma meramente posible. Por su parte el término *validez* reviste significados diversos tanto en el lenguaje moral como en el jurídico.[1] Aquí será utilizado con un significado análogo a

[1] También en otros contextos lingüísticos, como por ejemplo, cuando se afirma de una teoría que es una teoría válida. No tiene interés reseñar en este momento estos diversos significados. Sí lo tiene, en cambio, aludir brevemente al significado con que el término validez es usado a veces por teóricos y filósofos

aquel con que lo usan los juristas cuando califican ciertos actos jurídicos como válidos o inválidos, en cuyo caso se consideran nulos o anulables. Validez designa la cualidad o *status* de aquellas normas que reúnen los requisitos establecidos en otra norma vigente dentro de un cierto orden jurídico. Una norma jurídica no válida sería aquella que no cumple los requisitos exigidos por el orden jurídico vigente. Existe una clara relación entre la vigencia y la validez de las normas jurídicas. El *status* de válida que se atribuye a una norma implica la presunción de que es vigente. Como más adelante se pondrá de relieve, en virtud de la peculiar estructura del orden jurídico, el que una norma sea válida supone que *prima facie* se la puede considerar como norma vigente dentro de ese orden.

En las páginas que siguen me ocuparé del tema de la vigencia o existencia de las normas jurídicas. La cuestión de la validez sólo será tenida en cuenta en la medida en que representa un aspecto particular de aquel problema más general. De todos modos no es mi propósito ocuparme de todos los aspectos que

---

del derecho, un significado oscuro porque de acuerdo con el mismo validez designa una propiedad no bien definida de las normas jurídicas, algo que parece involucrar al mismo tiempo su existencia y su obligatoriedad. En efecto, conforme a este significado por validez del derecho se entiende la vinculatoriedad o fuerza obligatoria de sus normas, o bien, para ser más precisos, alguna propiedad por virtud de la cual se considera fundamentada tal fuerza obligatoria. Cfr., a título de ejemplo, F. González Vicén, El positivismo en la filosofía del derecho contemporánea, Madrid, 1950, 87 y sigs. L. Legaz, *Filosofía del Derecho*, Barcelona, 1953, 246-247. R. Maciá, *Reflexiones sobre la validez jurídica*, Oviedo, 1967, 17. J. M. Rodríguez Paniagua, «La validez del derecho desde un punto de vista jurídico, socio-psicológico y filosófico», en Anuario de *Sociología y psicología Jurídicas*, Barcelona, 1975, 49 y sigs.

La utilización del término validez con el significado aludido se debe, a mi entender, a la influencia de la filosofía del derecho alemana y al uso que muchos de sus representantes hacen del término *Geltung*, como predicado de las normas jurídicas. Con *Geltung*, parece designarse la existencia actual de una norma (lo que en nuestro idioma solemos designar con el término vigencia) y, al mismo tiempo, su carácter valioso que se manifiesta en su fuerza vinculante. Por eso, cuando se plantea como problema, se pregunta por el fundamento (*Grund*) de la *Geltung* de las normas jurídicas. (Por otro lado, hay que añadir que para designar la propiedad de una norma jurídica de haber sido establecida conforme a lo preceptuado en la norma anterior los teóricos alemanes utilizan también usualmente el término *geltend* o *gültig*.) Como ejemplos de este uso del término *Geltung* cfr., entre otros muchos, G. Radbruch, *Rechtsphilosophie*, 5.ª ed., Stuagart, 1956, 174 y sigs. R. Laun «Vom Geltungsgrund des positiven Rechts», en *Grundprobleme des internationalen Rechts* (*Festschrift für J. Spiropoulos*). Bonn, 1957, 321 y sigs. H. Welzel, *An den Grenzen des Rechts. Die Frage nach der Rechtsgeltung*, Köln und Opiaden, 1966. S. Langer

presenta el mencionado problema cuando se pretende examinarlo de forma completa y detenida. En este sentido dejaré de lado la cuestión relativa a la existencia de un orden jurídico como totalidad, es decir, la pregunta acerca de las condiciones que deben darse para que se pueda afirmar que en una sociedad está vigente un orden jurídico independiente. Partiré del supuesto de que puede afirmarse la existencia efectiva de un orden jurídico y, dentro de ese contexto, me referiré únicamente al problema de la vigencia de normas jurídicas determinadas. Aun así, no me detendré en las múltiples cuestiones laterales conectadas con dicho problema, sino que centraré la atención en lo que podríamos llamar el núcleo del mismo. Concretamente me ocuparé de dos cuestiones estrechamente conectadas pero que considero que se pueden tratar por separado y de forma sucesiva. La primera hace referencia a la noción misma de vigencia de las normas jurídicas, es decir, a la pregunta acerca de lo que significa afirmar,

---

«Staatliches Gewaltmonopol und 'Ziviler Ungehorsam'», en *Rechtstheorie*, 17, Bd., 1986, 232.

Al margen de la posible vaguedad del término *Geltung* y del problema de cuál sería la palabra más adecuada para traducirlo a nuestro idioma, considero que no se debe utilizar el término validez con el significado referido. Y ello porque, por un lado, no designa ningún dato o propiedad relevante de las normas jurídicas claramente distinto de su vigencia y de su obligatoriedad; y, por otro, su uso dificulta el planteamiento claro de los problemas relacionados con estos dos términos. En efecto, cabe sostener que toda norma jurídica, por el mero hecho de serlo, ha de considerarse obligatoria en algún sentido; si es así, el problema de la obligatoriedad se disuelve en el problema de la existencia o vigencia: si se prueba que una presunta norma jurídica es una norma vigente, se prueba al mismo tiempo que es obligatoria. En este supuesto basta hablar de vigencia y preguntarse cómo es posible dilucidar si una presunta norma cuenta como norma vigente. Ahora bien, también es posible defender que no cabe atribuir fuerza obligatoria a toda norma jurídica por el mero hecho de ser vigente, de existir como tal, porque sólo puede hablarse de obligatoriedad en sentido moral (o porque, aunque se reconozca una obligatoriedad jurídica, inherente a toda norma de derecho vigente, se piensa que ésta es sólo una obligatoriedad *prima facie*, que desaparece si la norma es moralmente inaceptable). En este segundo supuesto nos encontramos ante dos problemas distintos, Uno es el problema relativo a si una presunta norma jurídica existe como tal, o es vigente. Otro es el problema de si esa norma vigente es también vinculante u obligatoria, para lo que debe reunir algunas cualidades -rectitud o justicia, etc- añadidas a aquellas condiciones y cualidades que se estimen necesarias para considerarla vigente. En ninguno de ambos supuestos el uso del término validez, con el significado a que nos venimos refiriendo, contribuye a aclarar el planteamiento de las cuestiones. Por tanto es aconsejable utilizarlo, como se propone en el texto, con un significado que permita distinguirlo claramente tanto de vigencia como de obligatoriedad y que, al mismo tiempo, se corresponde con nuestro lenguaje jurídico usual.

en general, que una norma jurídica es una norma vigente. La *segunda* se centra en la indagación del procedimiento adecuado para dilucidar si una presunta norma jurídica está vigente en una sociedad o, dicho de otro modo, en la indagación de las condiciones que hacen verdadero el enunciado de que una determinada norma jurídica es una norma vigente.

Por lo que se refiere a *la primera* cuestión, el problema surge cuando se intenta analizar el enunciado en que se afirma que una determinada norma es vigente o existe como tal en una sociedad. Y ello es así porque en dicho enunciado la existencia se predica no de un objeto cualquiera sino de esa peculiar entidad que es una norma y, más precisamente, una norma jurídica. ¿Enunciar que una norma está vigente implica afirmar que la norma de que se trata es vinculante para sus destinatarios, es decir, que éstos deben comportarse del modo como se establece en la misma? La pregunta, que a primera vista puede parecer bizantina, sirve en cierto modo de test acerca del tipo de teoría del derecho y de la ciencia jurídica desde la que se aborda la respuesta. Porque, como se verá, las respuestas a esta pregunta no son coincidentes y aparecen condicionadas por la actitud que se adopta a propósito de otras cuestiones previas. Una de éstas concierne al propio concepto de norma jurídica que se mantiene, según se considere que la vinculatoriedad u obligatoriedad constituye, o no constituye, una propiedad inherente a la norma. Otra se refiere a si la función de informar objetivamente de las normas jurídicas en cuanto vigentes, tal como la lleva a cabo, por ejemplo, el científico del derecho, es compatible, o no lo es, con la utilización de enunciados deónticos, es decir, de enunciados relativos a lo que debe hacerse. Pues bien, para algunos aquello que quiere decir quien, pretendiendo dar cuenta objetivamente del orden jurídico de una sociedad, afirma que cierta norma es vigente, se puede y se debe formular diciendo que dicha norma es vinculante para sus destinatarios, es decir, mediante enunciados en los que se declara que en dicha sociedad, dadas determinadas circunstancias, debe tener lugar cierta conducta. Para otros esta posición es incompatible con un discurso sobre el derecho que, como el que defiende el positivismo, se limite a dar cuenta de éste tal y como es sin pretender justificarlo presentándolo como moralmente valioso y, por eso, como obligatorio. Para éstos cuando se afirma que cierta norma jurídica es una norma vigente se hace referencia simplemente a ciertos hechos que se dan en la sociedad en relación con la citada norma, cuya constatación nos permite verificar el enunciado de que la misma existe como parte del orden jurídico de dicha sociedad.

La *segunda* cuestión, la relativa al procedimiento adecuado para dilucidar si una presunta norma jurídica se puede considerar vigente, está estrechamente conectada con la primera, a que acabo de referirme. Pues en toda teoría se presume que debe existir coherencia entre lo que se entiende que significa afirmar que una norma es vigente y el procedimiento que se propone para verificar dicha afirmación. Ahora bien, si la primera cuestión presenta un carácter predominantemente teórico, esta segunda, aunque también posee una dimensión teórica, se presenta ante todo como un asunto práctico, ya que constituye un problema que se plantea y se resuelve en la práctica jurídica de todas las sociedades. En efecto, tanto los jueces u otros funcionarios al establecer normas jurídicas concretas o al resolver conflictos, como los abogados y otros consejeros al recomendar pretensiones, como también, por supuesto, los simples ciudadanos al ajustar sus conductas recíprocas, cotidianamente han de tener en cuenta las normas jurídicas vigentes. Esto supone discernir cuáles de entre las posibles se encuentran vigentes, para lo que se siguen ciertos procedimientos y utilizan determinados criterios, que pueden no ser idénticos en todas las sociedades. Por consiguiente, la construcción teórica ha de entenderse como una reflexión sobre la práctica jurídico-social con el objeto de comprenderla en sus distintas manifestaciones y describirla de forma coherente.

Esta construcción teórica se lleva a cabo ya en el plano de la ciencia del derecho. Concretamente los cultivadores de la dogmática jurídica la desarrollan cuando exponen el tema de las «fuentes del derecho», es decir, de los distintos criterios utilizables para determinar cuáles son las normas vigentes dentro de un ordenamiento jurídico. Sin embargo, en este plano la construcción teórica aparece condicionada por diversas limitaciones. Ante todo porque normalmente la reflexión se ejercita tomando como referencia tan sólo un orden jurídico determinado. Además también porque el trabajo de la dogmática jurídica no es de naturaleza estrictamente teórica, sino que le guía la intención de contribuir al funcionamiento armónico de la práctica jurídico-social. Por esto sus cultivadores no se limitan a exponer los diversos criterios y procedimientos para decidir acerca de la vigencia de las normas, sino que al mismo tiempo procuran interpretarlos de manera que permitan resolver todos los problemas que se plantean en la vida jurídica real. Por esta misma razón no suelen cuestionarse el *status* de aquellos criterios ni suelen plantearse el problema de cuáles son las razones por las que podemos considerar como vigente la regla última que contiene

los criterios supremos a partir de los que se decide acerca de la vigencia de las restantes normas.

En el plano de la filosofía del derecho la reflexión teórica puede desarrollarse libre de las trabas que condicionan característicamente la dogmática jurídica. En este caso no actúa como determinante aquella intención práctica de contribuir al funcionamiento armónico del orden jurídico. Por otro lado, el objeto que sirve de referencia a la reflexión no es un ordenamiento determinado sino que, al menos intencionalmente, abarca a todo orden jurídico. Es más, un tratamiento adecuado del problema exige tener en cuenta no sólo la fenomenología jurídica, sino, además, la correspondiente a otros órdenes normativos con el fin de elaborar una teoría general acerca del procedimiento para dilucidar qué normas son vigentes que ponga de relieve tanto lo que pueda haber de común con otros tipos de normas sociales como lo específico del ámbito jurídico. Precisamente lo que justifica el tema en cuanto objeto de la filosofía del derecho es esta pretensión de construir una teoría general desde un enfoque que relacione el orden jurídico con otros órdenes sociales. Esto no significa, sin embargo, que los filósofos del derecho deban construir sus teorías al margen del tratamiento de la cuestión en los planos de la ciencia y de la práctica jurídicas. Por el contrario, deben tenerlo en cuenta y tomarlo como punto de partida. Más aún, la corrección de una teoría sobre la vigencia de las normas del derecho hay que medirla, aparte de otros criterios tales como su propia coherencia interna, por el grado en que nos permita comprender y explicar la práctica jurídica en todos sus aspectos y manifestaciones.

Tomando como base este criterio puede avanzarse una valoración preliminar de las teorías de los autores mencionados al comienzo y que después consideraremos. Es indudable que gracias a ellas, y a los comentarios y críticas que han suscitado, se ha progresado decisivamente en el planteamiento correcto y en la solución del problema relativo a la vigencia de las normas jurídicas. Sin embargo, también me parece cierto que, tomada cada una por separado, dichas teorías resultan insatisfactorias, ya que no permiten dar cuenta de una forma completa y coherente de la práctica jurídico-social efectiva. Ello se debe, en último término, como espero se mostrará más adelante, a que como piezas que son de conjuntos doctrinales más amplios reposan sobre presupuestos característicos de opciones filosófico-jurídicas parciales: bien de un realismo polémicamente contrapuesto al normativismo, o viceversa, bien de un positivismo estricto que no concede razón alguna a las posiciones no positivistas, o al

contrario. Se confirma así la idea, sostenida por diversos autores, de que la temática relativa a la vigencia y la validez de las normas jurídicas ocupa una posición crucial dentro de cualquier filosofía del derecho, ya que al abordarla e intentar solucionarla entran en juego necesariamente los presupuestos ontológicos y epistemológicos de la misma. Por esta razón estimo que tiene interés considerar de forma conjunta las teorías aludidas al comienzo, aunque ciertos aspectos parciales de ellas sean bastante conocidos.

II. SOBRE EL SIGNIFICADO DE LOS ENUNCIADOS EN QUE SE AFIRMA LA VIGENCIA DE LAS NORMAS JURÍDICAS

1. *La posición de Kelsen*

Si el problema de la vigencia es un problema importante para los cultivadores de la filosofía jurídica, ello se debe en buena medida a la obra de Kelsen, que probablemente fue el primero en asignarle una significación central en una teoría del derecho. La posición de Kelsen acerca de la primera de las cuestiones de que nos vamos a ocupar -qué se entiende por vigencia de una norma, o cuál es el significado del enunciado en que se afirma que una norma jurídica es una norma vigente- es conocida, aunque en ocasiones sólo en sus rasgos más generales. Para el fundador de la teoría pura el término vigencia[2] designa la existencia específica de una norma, su modo peculiar de existir, que implica, o se manifiesta en, que es vinculante, que los destinatarios deben realizar la conducta establecida en la misma. Puesto que ha de servirnos de punto de partida y de referencia, creo que

[2] Kelsen utiliza el término *Geltung*. Generalmente se ha traducido por validez, probablemente a causa de ese uso generalizado a que me he referido en la nota anterior. En favor de esta traducción podrían aducirse dos razones: primera, que para el autor austríaco afirmar que una norma es *geltend* implica afirmar que es vinculante u obligatoria; y, segunda, que según su doctrina para considerar que una norma jurídica es *geltend* es preciso probar que ha sido establecida conforme a lo dispuesto en una norma anterior (esto es, que es válida, según el significado que aquí se atribuye a este término). Sin embargo, teniendo en cuenta que Kelsen, de una forma mucho más clara y enérgica que otros autores, insiste en que la expresión «Geltung einer Norm» designa, ante todo, al existencia de la norma como tal, y, por otro lado, el significado que en este trabajo se atribuye a los términos vigencia y validez, considero más correcto traducir *Geltung* por vigencia.

es conveniente exponer de forma ordenada, aunque sucinta, esta doctrina.

A través de sus obras Kelsen ha mantenido de forma constante que por vigencia entiende la existencia de una norma. En sus últimos escritos, con el fin de aclarar la idea, ha precisado que el término vigencia no designa una propiedad o cualidad de las normas, como, por ejemplo, el término verdad designa una propiedad de los enunciados declarativos *(Aussage)*, sino que designa su misma existencia: una norma no vigente no es tal norma, es decir, no existe como tal.[3] También de forma constante ha solido calificar esta existencia de las normas como una existencia peculiar o específica, calificación que explicita progresivamente en sus obras poniendo en relación con el tipo de entidad que él les atribuye. Las normas poseen una entidad peculiar, distinta de la que es propia de los hechos o fenómenos de la naturaleza. Constituyen el sentido o la significación que poseen ciertos actos de voluntad. Les corresponde, por tanto, la entidad propia de un sentido (*Sinn*) o un contenido de sentido (*Sinngehalt*), una entidad puramente ideal. Por eso su modo de existir es también peculiar: se trata de una existencia ideal, no real como la de los fenómenos naturales.[4] Ahora bien, este modo peculiar de existir característico de las normas se traduce en su vinculatoriedad u obligatoriedad para los destinatarios, de manera que afirmar que una norma existe o es vigente equivale a afirmar que, dadas las circunstancias previstas en la misma, aquéllos deben realizar la conducta establecida en la misma norma.

Merece la pena intentar aquí una breve explicación de este último aspecto de la teoría kelseniana. Según ésta todo acto de voluntad dirigido u orientado a determinar el comportamiento de otro posee el sentido subjetivo de que ese otro debe realizar cierta conducta. Sentido subjetivo porque la conducta en cuestión debe ser, debe tener lugar, sólo desde el punto de vista del sujeto que la exige; sólo para dicho sujeto aparece como debida.

---

[3] Cfr. «Recht und Logik», en *Die Wiener Rechtstheoretische Schule*, Wien, Europa verlag, 1968, Bd. 2, 1472 (publicado primeramente en Forum, XII Jahrgang, Heft 142 und Heft 143, Wien, 1965). *Allgemeine Theorie der Normen*, Wien, Manz-verlag, 1979 (en adelante *ATN*), 2, 22, 136-137, 139, 179.

[4] Cfr. *Reine Rechstslehre*, Leipzig und Wien, Franz Deuticke, 1934 (en adelante RR_1), 7. *Reine Rechtslehre*, 2.ª ed., Wien, 1960 (en adelante RR_2), 10. «Die Grundlage der Naturrechtslehre», en el vol. *Des Naturrecht in der politischen Theorie*, Wien, 1963, 2. «Zum Begriff der Norm», en *Festschrift für H. C. Mipperdey*, München und Berlin, 1965, 66 nota 11. *ATN*, cit., 2, 22, 36, 136 nota en pág. 284, 138, 145.

Sin embargo, cuando se dan determinadas circunstancias, es posible considerar que ese sentido subjetivo propio de aquellos actos de voluntad es también su sentido objetivo. Esto quiere decir que la conducta aparece como debida no sólo desde el punto de vista de quien la exige, sino también desde el propio de la persona de quien viene exigida y también desde el punto de vista de terceras personas no implicadas directamente en la relación.[5] Objetividad equivale aquí, por tanto, a intersubjetividad. Que una conducta debe ser en sentido objetivo significa que dentro de un contexto social determinado se considera como debida desde un punto de vista intersubjetivo o general. No entramos ahora en la cuestión relativa a qué condiciones deben darse para que sea posible considerar que aquel sentido subjetivo propio de ciertos actos de voluntad es también su sentido objetivo y qué fundamento puede justificar tal consideración. Es un asunto del que trataremos más adelante. De momento lo que importa es constatar que para Kelsen el término norma designa esa significación o ese sentido objetivo que atribuimos a ciertos actos de voluntad (los actos creadores de normas), según el cual cierta conducta debe tener lugar desde un punto de vista general. El que se considere desde este punto de vista que los destinatarios deben realizar la conducta es lo que significa que la norma es vinculante u obligatoria. Que una norma existe en una sociedad significa, según esto, que en dicha sociedad existe un deber ser objetivo relativo a determinada conducta, es decir, que desde un punto de vista intersubjetivo o general se considera que la conducta mencionada debe tener lugar. Si se tienen en cuenta estas consideraciones, se puede entender mejor la doctrina de Kelsen, según la cual afirmar que una norma es vigente, que existe, significa afirmar que es vinculante para sus destinatarios o, lo que es lo mismo, que éstos deben realizar la conducta establecida en aquélla.[6]

Ahora bien, quien afirma esto y se expresa de este modo no cumple por ello la función prescriptiva propia de quien establece normas o recomienda conducirse con arreglo a ellas. El uso de las expresiones apuntadas tampoco implica necesariamente que se valora positivamente la norma, o que se la aprueba desde un punto de vista moral. Conforme al pensamiento de Kelsen tales

---

[5] Cfr. *RR*$_1$. cit., 3-4. *RR*$_2$, cit., 6-7, 46-47, 110-111. *ATN*, cit., 21-22.

[6] Cfr. *RR*$_1$, cit., 62. *Teoría General del Derecho y del Estado* (trad. al castellano de *General Theory of Law and State*, Harvard University Press, 1945), México, 1983 (en adelante TGDE), 35. *RR*$_2$, cit., 196. *ATN*, cit., 3, 22, 136.

expresiones son las apropiadas para dar cuenta objetivamente o informar de las normas que integran un orden jurídico tal como pretende hacerlo, por ejemplo, el científico del derecho. A la ciencia jurídica no le compete prescribir o establecer normas ni recomendar su observancia, ni tampoco valorarlas, sino únicamente describirlas, dar cuenta de ellas de forma objetiva. Pero para cumplir esta función debe utilizar expresiones o enunciados deónticos, o sobre lo que debe ser (*Sollsätze*), no enunciados sobre hechos, o sobre lo que es (*Seinssätze*). Si se emplearan enunciados sobre hechos, si se afirmara, por ejemplo, que ha tenido lugar un acto de voluntad orientado a determinar la conducta de ciertas personas, acto de voluntad que pretende «crear» una norma, o que la conducta real de esas personas se ajusta a lo expresado en tal acto de voluntad, no se captaría el sentido específico en que consiste la norma misma. Para captar y expresar adecuadamente dicho sentido es necesario utilizar proposiciones que reproduzcan descriptivamente la norma, es decir, enunciados en lo que se declare que si se dan determinadas circunstancias debe tener lugar cierta conducta. Con todo, estas proposiciones o enunciados tienen, según Kelsen, carácter descriptivo y no prescriptivo, constituyen verdaderos juicios susceptibles de ser verdaderos o falsos, pues el «deber ser» que en ellos comparece posee un significado descriptivo y no un significado prescriptivo, que es el que posee cuando forma parte del enunciado expresivo de la norma misma.[7]

Pues bien, según resulta explícitamente de varios pasajes de las últimas obras de Kelsen, tales enunciados sirven también para expresar la vigencia o existencia de las normas. Kelsen no distingue entre constatar y afirmar la vigencia de una norma, describir su contenido, ofrecer una interpretación de la misma, etc., como tareas diferentes, aunque complementarias, de la ciencia jurídica que pudieran requerir el uso de enunciados de naturaleza diferente. Se limita a afirmar que la ciencia jurídica cumple una función cognoscitiva y descriptiva de las normas empleando para ello enunciados deónticos, enunciados en los que al mismo tiempo se afirma la vigencia de las normas en cuestión. En consecuencia, conforme a la teoría kelseniana, los enunciados apropiados mediante los que el científico del derecho -o, podemos añadir, cualquier otra persona que se coloque en su punto de vista- da cuenta de que cierta norma jurídica es

[7] Cfr. *TGDE*, cit., 192-196. RR_2, cit., 73-77, 81-82, 91-93. ATN, cit., 121-24.

una norma vigente en una sociedad no pueden ser enunciados sobre meros hechos, es decir, enunciados en los que se afirme que en dicha sociedad se han dado o probablemente se darán ciertas conductas. Han de ser, por el contrario, enunciados deónticos o sobre lo que debe ser, esto es, enunciados en los que se afirme que en esa sociedad, si concurren determinadas circunstancias, deben tener lugar ciertas conductas.[8]

2. *Primera crítica de Ross a Kelsen. Valoración de esta crítica*

Ross rechaza esta doctrina de Kelsen. Al igual que éste admite sin más dilucidaciones que los enunciados de la ciencia jurídica se refieren a la vigencia de ciertas normas y adoptan la forma siguiente: «D (la norma, o directiva, D) es derecho vigente (en el país X)».[9] Pero debido a la filosofía en que se inspira, que le conduce a mantener una concepción del derecho y de la ciencia jurídica diferente de la kelseniana, defiende la tesis de que tales enunciados son enunciados sobre hechos o fenómenos sociales, enunciados cuyo significado es que han tenido lugar, o probablemente tendrán lugar, ciertas conductas relacionadas con la norma en cuestión.

Antes de exponer la crítica que formula Ross a la teoría de Kelsen y la concepción alternativa que propone, quisiera aludir por su valor sintomático al reproche que aquél hace a éste por haberse dejado guiar por el pensamiento jurídico ordinario. En efecto, tomando pie en algunas afirmaciones de Kelsen,[10] el

---

[8] Cfr. *RR*$_2$, cit., 77, 81-82, 91-93. *ATN*, cit., 121-123, 178. En esta última obra, póstuma, Kelsen matiza su posición. Admite que los enunciados en que se afirma que una norma es vigente pueden entenderse como enunciados sobre lo que es (*Seinssätze*), ya que en ellos se afirma el Sein, la existencia, de una norma. Se trata, por supuesto, del *Sein* de un *Sollen*, de una existencia puramente ideal. Por eso mismo lo que se afirma en tales enunciados puede formularse también mediante enunciados deónticos, sobre lo que debe ser (Sollsütze); cfr. *ATN*, cit. 125, 131-132.

[9] Cfr. A. Ross, «Kelsen, Hans 'What is Justice? Justice, Law and Politics in the Mirror of Science. Collected Essays'». (En *California Law Review*, 1957, vol. 45, núm. 4), trad. de G. R. Carrió incluida en el vol. El concepto de validez y otros ensayos, Buenos Aires, 1969, 41. *Sobre el Derecho y la justicia*, trad. de G. R. Carrió, Buenos Aires, 1963, 9, 19, 38.

[10] Kelsen afirma reiteradamente que su doctrina sobre la vigencia de las normas jurídicas, concretamente su formulación de una norma fundamental hipotética como fundamento último de la vigencia de un orden jurídico, no representa ninguna novedad metodológica para la ciencia del derecho. Con tal

autor danés sostiene que éste ha tomado la noción de «validez» del pensamiento jurídico común.[11] Y lo critica porque dicho pensamiento le parece que no constituye una guía digna de confianza para el teórico, ya que no hay garantía alguna de que el modo corriente de pensar de los juristas no esté impregnado de conceptos ideológicos que un tratamiento verdaderamente científico debe eliminar.[12] Esta desconfianza respecto de las nociones y categorías utilizadas por el pensamiento jurídico ordinario me parece sintomática del trasfondo filosófico que subyace a estas teorías sobre la vigencia de las normas jurídicas. Kelsen, como es sabido, ya rechazó muchas de las nociones del pensamiento jurídico corriente en nombre de la pureza metódica, aunque, en lo que se refiere al tema que nos ocupa, en buena medida se apoya todavía en el entendimiento común de los juristas. Ross se muestra aún más severo en esta labor depuradora: sentando desde el

---

doctrina la teoría pura no haría sino formular explícitamente lo que todos los juristas presuponen, casi siempre inconscientemente, cuando consideran el orden jurídico positivo, no como un mero conjunto de hechos conectados como causas y efectos, sino como un conjunto de normas vigentes que establecen lo que se debe hacer, sin recurrir, sin embargo, a un presunto derecho natural como fundamento de la vigencia de dichas normas. Cfr- RR_1, cit., 67. TGDE, cit., 137. RR_2, cit., 209.

[11] En su obra de 1946 *Towards a realistic jurisprudence. A criticism of the dualism in Law*, (trad. al castellano de J. Barboza, *Hacia una ciencia realista del derecho. Crítica del dualismo en el derecho*, Buenos Aires. Abeledo-Perrot, 1961) Ross utiliza el término validez con el significado reseñado en la nota 1, es decir, entendiendo por validez la propiedad de las normas jurídicas por virtud de la cual se considera a éstas como obligatorias. En un trabajo posterior -«Validity and the conflict between legal positivism and natural law», publicado en texto bilingüe en la *Revista Jurídica de Buenos Aires*, 1961, IV, e incluido en el vol. *El concepto de validez y otros ensayos*, cit. en nota 9, por donde citamos; cfr. 25-26- distingue tres significados del término validez: *a*) como predicado de ciertos actos jurídicos, por ejemplo, un contrato o un testamento, para indicar si, por su conformidad con una norma vigente, producen los efectos pertinentes, en cuyo caso se consideran válidos, o no los producen, en cuyo caso se consideran inválidos; *b*) como predicado de una norma jurídica, o de un orden jurídico completo, significando que existen, o son vigentes; *c*) como designación de una presunta cualidad de las normas jurídicas, llamada también su «fuerza obligatoria», que implicaría la obligación moral de obedecerlas. Pues bien, cuando critica la teoría de Kelsen, tomando base en que éste sostiene que afirmar que una norma existe equivale a afirmar que los destinatarios deben realizar la conducta prescrita en la norma, le imputa que utiliza validez (*Geltung*) con el último de los significados señalados. Para subrayar este hecho en el texto se pone entrecomillado el término validez cuando se refiere al significado con que según Ross utiliza Kelsen *Geltung*.

[12] Cfr. «Validity and the conflict...», cit., 29. «Kelsen, Hans. «What is...?», cit., 41, 43.

principio como indiscutibles los presupuestos propios de una epistemología estrictamente empirista rechaza, o exige reinterpretar convenientemente, todos los conceptos o categorías que no pasan el filtro de tales presupuestos. De acuerdo con ello niega todo sentido a la noción de obligatoriedad de las normas, anclada en el pensamiento y en el lenguaje jurídico ordinarios, y rechaza, por tanto, toda conexión entre vigencia y obligatoriedad.

La primera crítica de Ross a Kelsen se resume en una acusación de incurrir en ideología: Kelsen abandona el terreno de la ciencia para introducirse en el de la ideología cuando sostiene que afirmar que una norma existe significa que dicha norma es obligatoria, que sus destinatarios deben realizar la conducta establecida en la misma. Y ello porque la noción de obligatoriedad, o «validez», no tiene cabida en una comprensión científica del derecho, ya que no describe ni explica nada que se dé objetivamente en la realidad jurídica. No es más que una noción ideológica que cumple la función de reforzar o respaldar el orden jurídico positivo afirmando el deber moral de cumplir las obligaciones establecidas por el mismo.[13]

Ross ilustra su punto de vista analizando algunas de las expresiones de que se sirve Kelsen. Según éste afirmar que una norma es vigente («válida») significa que sus destinatarios deben comportarse como aquélla establece. Ahora bien, observa Ross, la norma misma, de acuerdo con su contenido inmediato, expresa ya qué es lo que los destinatarios deben hacer. Siendo así, ¿qué sentido tiene decir que éstos deben hacer lo que deben hacer? Parece que ninguno. Sin embargo, sigue diciendo Ross, hay un significado implícito en la concepción de Kelsen que se hace patente al examinar otra de las expresiones que utiliza al hablar de la vigencia («validez») de las normas jurídicas: la de que éstas deben ser obedecidas. Se habla aquí de un deber de obedecer el derecho. ¿Qué significado puede tener este deber? Parece obvio que no se identifica con la obligación o el deber jurídico en sentido técnico derivado de una norma determinada. Por otro lado, sin embargo, aquel deber de obedecer el derecho lo cumplimos al cumplir nuestras obligaciones o deberes jurídicos; afirmarlo no implica que se nos prescriba alguna conducta nueva que no esté ya prescrita por las normas del derecho. Por tanto, la diferencia no radica en la conducta requerida, aquélla a la que estamos

[13] Cfr. «Validity and the conflict...», cit., 27. «Kelsen, Hans. «What is...?», cit., 35-36, 43.

obligados, sino en el modo o manera en que estamos obligados. Afirmar el deber de obedecer el derecho significa que las obligaciones que resultan de las normas de un sistema de derecho no son meros deberes jurídicos, que derivan de la amenaza de sanciones jurídicas, sino también verdaderos deberes morales. En suma, el deber de obedecer el derecho no es un deber jurídico, conforme al sistema jurídico, sino un deber moral hacia el sistema.[14]

Este deber moral que respalda las obligaciones jurídicas, continúa Ross, no puede derivar del propio sistema de derecho, sino de reglas o principios que están fuera del mismo. Según el iusnaturalismo se trata de los principios del derecho natural. De este modo esta corriente de pensamiento al afirmar la fuerza obligatoria del derecho positivo lo respalda moralmente de forma condicionada, en cuanto exige su conformidad con tales principios. Sin embargo, según Ross una serie de autores, normalmente considerados como positivistas, también afirman la «validez» normativa o fuerza obligatoria del derecho positivo, el deber de obedecerlo, sin exigir su conformidad con principios morales o de derecho natural, sino simplemente por ser positivo. Al proceder así proporcionan un respaldo incondicional al orden existente. Tales autores no representan el verdadero positivismo, por lo que deberían ser denominados «cuasipositivistas». Pues bien, concluye Ross, en este punto la doctrina de Kelsen debe ser considerada como una nueva versión o una continuación del cuasipositivismo.[15]

---

[14] Cfr. «Validity and the conflict...», cit., 18-19, 28. «Kelsen, Hans. «What is...?», cit., 42.

[15] Cfr. «Validity and the conflict...», cit., 19, 21, 23-25, 27-29. C. S. Nino (cfr. «Some Confusions around Kelsen's Concept of Validity», en *ARSP*, LXIV (1978), 357-376 -trad. con leves variaciones en su libro *La validez del Derecho*, Buenos Aires, 1985, 7-27-. *Introducción al análisis del derecho*, Barcelona, Ariel, 1983, 132-40) sostiene a propósito de la doctrina de Kelsen un punto de vista parecido al de Ross. Según el autor argentino la noción kelseniana de vigencia (validez) de las normas jurídicas no es una noción descriptiva, sino normativa, ya que al mismo tiempo que afirma que una norma existe, afirma también que debe ser obedecida. Los enunciados sobre la vigencia de las normas serían prescriptivos y no meramente descriptivos, juicios susceptibles de ser verdaderos o falsos, como pretende Kelsen. Nino no insiste, como lo hace Ross, en que la teoría kelseniana implica la afirmación de un deber moral de obedecer el derecho, pues reconoce que Kelsen, a diferencia del iusnaturalismo, no exige que para considerar vigente una norma sea necesario suponer que es justa o moralmente valiosa, sino únicamente la posibilidad de fundamentarla a partir de una norma hipotética que no condiciona el contenido de las normas fundamentadas a partir de ella. Sin embargo, sí declara que

Que yo sepa, Kelsen no contestó expresamente a esta crítica, probablemente porque no llegó a conocerla.[16] De todos modos su teoría contiene elementos que permiten rechazarla sin mayores dificultades. Desde luego hay que reconocer que en ocasiones Kelsen emplea un lenguaje que no es todo lo preciso que debiera. A veces utiliza expresiones -por ejemplo, «por vigencia se entiende la fuerza vinculante del derecho positivo, la idea de que debe ser obedecido por los individuos cuya conducta regula»-[17] que permiten una interpretación como la sostenida por Ross. Sin embargo, si se consideran los textos no de forma aislada, sino en el contexto adecuado, creo que de su doctrina acerca de lo que significa la aseveración de que una norma jurídica es una norma vigente no puede inferirse la idea de que Kelsen afirma la existencia de un deber moral de obedecer el derecho positivo. Tal idea resulta incoherente con una serie de rasgos fundamentales de su teoría: con la separación estricta que establece entre derecho y moral; con su afirmación reiterada de que la vigencia de una norma jurídica es independiente de su contenido y, más precisamente, del valor o disvalor moral que se atribuya a la misma; y, sobre todo, con la idea, también reiterada una y otra

---

la teoría pura exhibe en este punto una innegable afinidad con la filosofía jurídica de tradición iusnaturalista, y que el concepto kelseniano de vigencia (validez) no parece compatible con una definición positivista del derecho, pues con él se alude a normas que deben ser reconocidas por ciertos órganos, no a aquellas que son reconocidas por éstos. En apoyo de su punto de vista, Nino aduce sobre todo, además de los conocidos textos en los que Kelsen sostiene que aseverar que una norma es vigente equivale a afirmar que es vinculante, la doctrina kelseniana acerca de la fundamentación de la vigencia de las normas. Para una apreciación de este punto de vista de Nino vid. más adelante nota 53.

[16] Kelsen dedicó expresamente un trabajo («Eine 'Realistische' und die Reine Rechtslehre. Bemerkungen zu Alf Ross: On Law and Justice», en *Österreichische Zeitschrift für öffentliches Recht*, 1959, Bd. X, Heft 1, 1-25) a contestar polémicamente a aquellos extremos de la teoría de Ross que suponían una crítica de la teoría pura del derecho. En dicho trabajo considera temáticamente dos obras de Ross: *Towards a realistic Jurisprudence*, cit. y *On Law and Justice*, London, Stevens & Sons, 1958 (cit. por la trad. al castellano en la nota 9), y alude de pasada al artículo «Imperatives and Logic», en *Philosophy and Science*, vol. II, 1944. En otras obras posteriores, RR_2, cit., *ATN*, cit., Kelsen alude a, y comenta, los libros y trabajos antes referidos de Ross, así como algún otro: *Kritik der sogenanten praktischen Erkenntnis*, 1933, y *Theorie der Rechtsquellen*, 1929. Pero en ninguna, que yo sepa, alude a los trabajos de Ross -«Kelsen, Hans, «What is...?», cit., y *Validity and*... cit.- en los que éste formuló la crítica expuesta en el texto, por lo que cabe suponer que Kelsen no llegó a conocerla.

[17] Cfr. «What is the reason for the validity of law», en *Grundprobleme des internationalen Rechts* (*Festschrift für J. Spiropoulos*), Bonn, 1957, 257.

vez, de que el deber ser (*Sollen*) que se afirma en las normas jurídicas constituye una mera categoría formal carente de cualquier connotación moral, lo que también vale respecto del deber jurídico (*Rechtspflicht*), de manera que afirmar que una norma existe y, por tanto, que cierta conducta debe tener lugar no es valorarla ni justificarla moralmente. La incoherencia de la afirmación de un deber moral de obedecer el derecho con el pensamiento de Kelsen resulta todavía más patente desde el momento en que éste, revisando posiciones anteriores, admitió de forma explícita la posibilidad de la vigencia simultánea de normas jurídicas y normas morales contradictorias.[18]

---

[18] Para documentar su crítica Ross alega *no sólo* aquellos textos en los que Kelsen sostiene que decir que una norma jurídica es una norma vigente equivale a afirmar que dicha norma es vinculante, es decir, que los destinatarios deben realizar la conducta prescrita en la misma, *sino también* la afirmación kelseniana de que no es posible sostener que cierta norma jurídica es vigente y admitir al mismo tiempo la existencia de una norma moral que nos obliga a una conducta contraria a la prescrita en la norma jurídica. De esta afirmación infiere Ross que para Kelsen el deber que se afirma al aseverar la vigencia de las normas jurídicas es un verdadero deber moral (cfr. «Validity and the conflict...», cit., 27-29). Creo, sin embargo, que esta inferencia se basa en una interpretación incorrecta de la doctrina de Kelsen.

Éste mantuvo durante mucho tiempo que no es posible admitir la vigencia simultánea de normas contradictorias -la contradicción entre normas jurídicas y normas morales es sólo un ejemplo del problema general de la contradicción entre normas-, porque ello haría imposible la tarea del científico del derecho, o del de la moral, que debe ajustarse al postulado epistemológico de que toda ciencia ha de describir su objeto como un todo unitario sin contradicciones. De hecho la contradicción puede darse, y una persona puede experimentar el conflicto entre la obligación proveniente de una norma jurídica y la obligación que deriva de un precepto moral al que se considera vinculado. Pero tal conflicto es una cuestión de hecho, un fenómeno que tiene lugar en la mente de la persona afectada; la contradicción existe sólo en el plano de los hechos psíquicos, como contradicción de representaciones mentales que se hace el sujeto de presuntas normas. Pero es imposible en el plano del conocimiento normativo, o conocimiento de normas. Quien, como el científico del derecho o de la moral, conoce normas y las describe como existentes, ha de hacerlo de forma que constituyan un todo unitario, sistemático, sin contradicciones lógicas, lo que excluye la vigencia simultánea de normas contradictorias. El jurista o científico del derecho al describir su objeto no tendrá en cuenta, no considerará como vigentes, las normas morales que contradicen alguna norma jurídica vigente. Y el moralista o cultivador de la ciencia moral hará lo propio con las normas jurídicas contradictorias de algún precepto moral que considera vigente. [Cfr. *Die philosphischen Grundlagen der Naturrechtslehre und des Rechtspositivismus* (Charlottenburg, Pan-Verlag Rolf Heiss, 1928), reproduc. en *Die Wiener Rechstheorethische Schule*, Wien, 1968, 1, 301-305. *RR$_I$*, cit., 84-85, 134-139. *TGDE*, cit., 443-448.] Esta doctrina puede considerarse oscura, o insostenible, pero de ella no puede inferirse que para Kelsen el deber que se afirma al afirmar la vigencia de las normas jurídicas es un verdadero deber moral. Cfr. la discusión de H. Hart, «Kelsen Visited», en 10 *UCLA Lam Review*, 1963, 722-728. En 1960 Kelsen ya considera que la contradicción entre normas no

Creo, en suma, que no es correcto imputar a Kelsen la doctrina conforme a la cual existe un deber moral de cumplir las obligaciones jurídicas basándose en que mantiene que enunciar que una norma jurídica es vigente equivale a afirmar que sus destinatarios deben realizar la conducta prescrita en la misma. Cabría entonces, tal vez, defender la consecuencia alternativa sugerida en la crítica de Ross, a saber, la de que en tal caso esa forma de expresarse para afirmar que una determinada norma es vigente carece de sentido por redundante, ya que en la propia norma se expresa ya qué es lo que los destinatarios deben hacer. Sin embargo, estimo que este otro punto de la crítica (que, por cierto, Ross se limita a sugerir) tampoco es pertinente. Desde luego es cierto que los enunciados de la ciencia jurídica no añaden nada nuevo a lo que se prescribe en las normas, es decir, que

---

representa una contradicción lógica, ya que los principios lógicos, entre ellos el principio de no contradicción, se aplican a los enunciados pero no a las normas. Pero como aún admite una analogía entre la verdad de los enunciados y la vigencia de las normas, y sigue sosteniendo que toda ciencia normativa, o sobre normas, debe describir su objeto como un conjunto exento de contradicciones, mantiene que el principio de no contradicción se aplica también indirectamente a las normas y, por tanto, que no pueden existir normas contradictorias. Cfr. RR_2, cit., 76-77, 209-210, 271 y sigs., 328 y sigs. Finalmente, cuando a partir de 1962 Kelsen reconoce que la vigencia de las normas no constituye una propiedad de éstas análoga a la verdad como propiedad de los enunciados, admite ya expresamente la posibilidad de la vigencia simultánea de normas morales y normas jurídicas contradictorias. Cfr., entre otros trabajos de Kelsen, «Derogation», en *Essays in Jurisprudence in Honor of Roscoe Pound*, 1962, 351-352. *Recht und Logik*, cit., 1469-1473, 1475-1480. *ATN*, cit., 166 y sigs.

Ross también apoya su crítica en la doctrina kelsemana según la cual el deber, o deber ser, en que consiste una norma, y cuya existencia se afirma al afirmar que la norma es vigente, constituye un deber ser objetivo y no un mero deber ser subjetivo que es el sentido que corresponde a cualquier acto de voluntad dirigido a determinar la conducta de otro, como por ejemplo, la orden de un gángster que nos exige que le entreguemos nuestro dinero. Según Ross esto significa afirmar la existencia de verdaderos deberes, de auténticas o verdaderas obligaciones en el sentido del objetivismo y el absolutismo éticos característicos de la filosofía iusnaturalista (cfr. «Validity and the conflict...», cit., 28-29). Creo que también en este punto la interpretación de Ross es incorrecta. Puede que la distinción que hace Kelsen entre deber ser en sentido subjetivo y deber ser en sentido objetivo, que hemos resumido más arriba (cfr. pág. 8, nota 5) sea inaceptable, u oscura, pero no ofrece apoyo alguno a la conclusión que pretende extraer Ross. Por lo demás, Kelsen rechazó desde muy pronto, de forma explícita y extensa, que el deber ser que significan las normas jurídicas sea el sentido de un deber ético verdadero o absoluto como sostiene el iusnaturalismo. Cfr. RR_1, cit., 19 y sigs.

en tales enunciados no cabe afirmar la existencia de obligación o deber alguno que no se encuentre ya contenido en las propias normas jurídicas. En esto coinciden Kelsen y Ross. Según ambos a la ciencia jurídica le compete únicamente una tarea cognoscitiva e informativa: al científico en cuanto científico le corresponde tan sólo conocer el derecho e informar de o describir las normas existentes o vigentes. En este sentido es posible que para una persona que ya conozca las normas vigentes los enunciados de la ciencia jurídica resulten redundantes. Podría entonces ponerse en cuestión la necesidad o la utilidad de una ciencia del derecho concebida de este modo. Pero esto no es lo que aquí se discute, pues también Ross sostiene la necesidad y utilidad de una ciencia jurídica con tal competencia. Lo que se discute es la propuesta de Kelsen, según la cual el significado de los enunciados de la ciencia jurídica en los que se informa de que cierta norma existe o está vigente en una determinada sociedad es que en tal sociedad, en el caso de que se den tales o cuales circunstancias (previstas en la norma), debe tener lugar tal o cual conducta (establecida también en la norma); se discute si tal enunciado tiene sentido, puesto que parece redundante por relación a la norma jurídica. Pues bien, a mi entender, dicho enunciado, que por cierto sólo es sostenible si se verifica el enunciado equivalente de que la norma en cuestión es vigente, no es redundante dado que pertenece a un lenguaje, el de la ciencia del derecho, distinto del lenguaje en que se expresan las propias normas jurídicas, objeto de estudio de aquélla.

3. *Segunda crítica de Ross. Su propuesta alternativa a la doctrina kelseniana*

Aunque a tenor de lo que antecede no parece pertinente criticar la teoría de Kelsen alegando que implica la afirmación de un deber moral de obedecer el derecho, sí podría serlo discutir su concepción de la norma como «deber ser vinculante para sus destinatarios»,[19] así como poner en entredicho que los enunciados informativo-descriptivos de la ciencia jurídica puedan formularse como proposiciones deónticas, sobre lo que debe ser. A ambas cuestiones se refiere la segunda de las críticas que Ross dirige a la teoría kelseniana. Una crítica formulada en términos

[19] «...eine Norm, d.h. ein für den Adressaten verbindliches Sollen...», cfr. *ATN*, cit., 204.

un tanto oscuros, y que se estructura en torno a la acusación de que dicha teoría constituye una construcción metafísica inaceptable desde el punto de vista de la filosofía actual. Tal acusación la extiende nuestro autor a la mayor parte de los filósofos del derecho que le han precedido, al menos a los europeos continentales, porque también ellos sostienen, con uno u otro matiz, que cuando se asevera que una norma jurídica existe o está en vigor no se hace referencia únicamente a un hecho o a un conjunto de hechos sociales empíricamente observables, sino que además se afirma que la norma posee «validez», es decir, que debe ser obedecida. A juicio de Ross esta concepción implica una teoría dualista del derecho. Éste no constituiría algo referido sin más al mundo de los hechos o fenómenos sociales, sino que, en cuanto que se atribuye a sus normas la propiedad de la «validez» o fuerza obligatoria, pertenecería al propio tiempo al mundo de las ideas o de los valores. Pero indudablemente la susodicha «validez» o fuerza obligatoria no es una propiedad empíricamente perceptible; al parecer sólo es susceptible de una intuición directa por la razón. Esto nos muestra el carácter idealista, claramente metafísico, de esta teoría. Ahora bien, continúa Ross, como otras muchas construcciones metafísicas, también ésta que nos ocupa reposa sobre una incorrecta interpretación de determinadas experiencias. En este caso se trata del hecho de que el orden jurídico no constituye un mero orden fáctico, sino un orden que es experimentado o vivido como socialmente vinculante. Sus normas o directivas no son meros hábitos, ni son obedecidas únicamente por motivos interesados; por el contrario, constituye un rasgo esencial del fenómeno jurídico el que sus destinatarios las obedezcan también por motivos desinteresados, porque las sienten o experimentan de forma que creen que es su «deber» obedecerlas. Las teorías idealistas se apoyan sobre este dato, pero llevan a cabo una errónea racionalización de lo que es un fenómeno psíquico, concibiéndolo como una propiedad supraempírica, la mencionada «validez» o fuerza obligatoria, que situaría al derecho por encima del mundo de los hechos.[20]

---

[20] Cfr. «Kelsen, Hans. 'What is...?'», cit. 41-42. *Sobre el Derecho y la Justicia*, cit., XIII, 18, 37-38, 63-69. Como es sabido para Ross el soporte motivacional que hace posible la existencia del orden jurídico consiste en la interacción inductiva de dos tipos de impulsos que nos llevan a obedecerlo. De un lado, impulsos interesados conectados con nuestros intereses y necesidades; por ejemplo, obedecemos las normas por temor a las sanciones. De otro, impulsos desinteresados, irracionales en cuanto no sólo no están conectados a nuestros intereses, sino que incluso los contradicen; estos impulsos existen en el hombre

Ross piensa que si abandonamos estas teorías, ancladas todavía en la vieja metafísica, es perfectamente posible interpretar los enunciados de la ciencia jurídica acerca de las normas vigentes de acuerdo con los postulados de la epistemología en que se inspira toda verdadera ciencia. Según ésta, aparte las proposiciones puramente analíticas de la lógica y las matemáticas, todo enunciado, o es un enunciado sobre hechos y, por tanto, verificable, o es puramente metafísico. En consecuencia el enunciado de que una determinada norma es derecho vigente hay que entenderlo como una aseveración relativa a ciertos hechos. Decir que una norma jurídica es vigente equivale a afirmar que es efectiva, esto es, que se corresponde con ciertos hechos o fenómenos sociales. Como, según Ross, un orden jurídico constituye un conjunto articulado de normas o directivas que reglamentan el uso de la fuerza por los tribunales, los hechos sociales relevantes son precisamente las decisiones de los jueces. Por tanto, decir que una norma jurídica es vigente significa afirmar que es aplicada por los jueces.

Ahora bien, frente al realismo puramente conductista o behaviorista Ross pone de relieve que a partir de la mera observación de la conducta externa de los jueces no es posible llegar a establecer por inducción cuáles son las normas jurídicas vigentes, pues dicha conducta suele estar determinada también por hábitos, reglas técnicas y otras pautas y motivos. Es preciso, por consiguiente, sin abandonar la conducta externa como factor de contraste, acudir a otro elemento, que no es otro sino la propia vida espiritual del juez, ya que su vivencia de sentirse vinculado por ciertas normas es el dato que nos permite asegurar que las mismas existen como tales al operar como elemento determinante de sus decisiones. En consecuencia nuestro autor propone una formulación que quiere ser más precisa de lo que significa afirmar que una norma jurídica es derecho vigente, que aúna ambos factores o elementos: norma jurídica vigente es aquella que opera en el espíritu del juez porque éste la experimenta como socialmente obligatoria y por eso la obedece (la aplica).

---

como resultado de una continuada acción persuasiva que el medio social lleva a cabo desde la infancia que le habitúa a actuar en ocasiones, no porque convenga a sus intereses, sino por creencia en el «deber»; según este tipo de impulsos obedecemos las normas jurídicas porque las experimentamos como «obligatorias» en cuanto establecidas por «autoridades competentes». La llamada «validez» u «obligatoriedad» de las normas jurídicas no es, según Ross, más que la seudorracionalización de estos impulsos desinteresados. Cfr. *Hacia una ciencia realista del derecho*, cit., 16, 23, 87-102. *Sobre el Derecho y la justicia*, cit., 52-56, 346-356.

Con todo, Ross considera que ésta no es todavía la formulación definitiva. Cuando nos preguntamos por el derecho actualmente vigente lo que verdaderamente importa no es saber qué normas han seguido hasta ahora los tribunales al tomar sus decisiones, sino cuáles aplicarán en el futuro inmediato. La respuestas a tal pregunta supone un pronunciamiento acerca de la conducta futura de los jueces, aunque para ello hemos de basarnos en la observación de sus vivencias y decisiones anteriores. A la luz de esta consideración se comprende que tanga sentido pronunciarse sobre la vigencia de una norma recién promulgada que todavía no es efectiva porque los jueces no han podido aplicarla; lo tiene en cuanto que, sobre la base de la observación aludida, pueden existir razones para predecir que los tribunales la aplicarán en los conflictos que se les planteen. En suma, puede concluirse que, según su verdadero significado, los enunciados sobre la vigencia de las normas jurídicas son predicciones acerca de la conducta futura de los jueces; afirmar que una norma jurídica es derecho vigente constituye, en definitiva, una predicción de que, manteniéndose ciertas circunstancias, hay cierta probabilidad de que los jueces la aplicarán.[21]

4. *La contestación de Kelsen. Valoración de la polémica entre ambos autores*

Kelsen rechazó la crítica de Ross que hemos resumido, criticando, a su vez, la teoría alternativa que propone. A propósito de la acusación de que su teoría es una teoría metafísica señala que le resulta inimaginable qué puede haber de «metafísico» en la afirmación de que el sentido de ciertos actos humanos de voluntad por los que se establecen normas -sentido en el que consisten las normas mismas- es el de que los hombres deben comportarse de determinada manera. Y añade que el propio Ross parece estar de acuerdo en este punto cuando concibe el derecho en los siguientes términos: «... un orden jurídico nacional es un cuerpo integrado de reglas que determinan las condiciones bajo las cuales *debe* ser ejercida la fuerza física contra una persona».[22] La acusación de metafísica, continúa Kelsen, resulta

[21] Cfr. «Kelsen, Hans. 'What is...?'», cit., 39-41. *Sobre el Derecho y la Justicia*, cit., XIII, 9-11, nota 29, 12-19, 34-41, 44-45, 67, 69-72. «Validity and the conflict...», cit. 12-13, 27.

[22] Cfr. H. Kelsen, «Eine 'Realistische' und die Reine Rechtslehre...», cit., 3, 22. La noción de derecho de Ross a que aquí se refiere Kelsen, y en la que éste subraya el término *debe*, se encuentra en *Sobre el Derecho y la Justicia*, cit., 34.

pertinente a propósito de aquellas teorías que sostienen que las normas del derecho positivo establecen un deber, son vinculantes, porque y en la medida en que por su contenido expresan las exigencias de una idea material de justicia objetivamente válida. Pero es injustificada en relación con la teoría pura que considera que las normas constituyen un deber ser independientemente de cómo valoremos su contenido; el «deber», o «deber ser», es para ella únicamente una categoría formal mediante la que se capta y se expresa el sentido de las normas en cuanto reglas que no describen la conducta que acontece, ni informan de la que más o menos probablemente acontecerá, sino que prescriben una conducta independientemente de si de hecho tiene lugar.[23]

Ante la insistencia de Ross en afirmar que la idea de «validez» normativa, de deber u obligatoriedad, no se corresponde con algo que se dé objetivamente en la realidad, que no es más que una falsa interpretación de ciertas experiencias psíquicas, Kelsen acepta la primera afirmación de Ross, si «realidad» se entiende en el sentido de fenómenos empíricamente perceptibles. Pues en el proceso de producción de las normas los fenómenos empíricamente perceptibles son únicamente ciertos actos de voluntad cuyo sentido subjetivo es que determinadas personas deben comportarse de determinada manera. Que, dadas ciertas condiciones, este sentido subjetivo se considere también como objetivo, es decir, como normas vigentes que establecen lo que objetivamente debe ser, es el fruto de una interpretación posible. No se trata de una interpretación necesaria: ciencias como la sociología, u otras orientadas a la realidad natural, no tienen por qué asumirla, aun investigando las mismas conductas que toma en consideración el jurista. Es, sin embargo, la interpretación que desde hace milenios sustentan los juristas y la ciencia jurídica cuando consideran el derecho como un conjunto de normas vigentes, producidas por actos humanos, que establecen lo que objetivamente debe ser. No es acertado calificarla, como hace Ross, de falsa interpretación de ciertas experiencias psíquicas, a saber, de la vivencia de sentirse obligado ante ciertos mandatos; pues en muchas ocasiones tal experiencia no se da en la realidad jurídica. Lo que hay que preguntarse, más bien, es si se trata de una interpretación fundada, o carente de fundamento. La teoría pura responde que es una interpretación fundada si y únicamente si presuponemos una norma fundamental a cuyo tenor determinados actos pueden ser considerados como creadores de una

[23] Cfr. «Eine 'Realistische' und...», cit., 22-23.

norma jurídica. La norma fundamental funciona así como condición epistemológica que hace posible interpretar el sentido de los actos creadores de la Constitución, y el de aquellos otros realizados conforme a la misma, como normas vigentes que establecen lo que objetivamente debe ser. De esta manera para la teoría pura la afirmación de que una norma existe, es vigente, y de que, en consecuencia, debe realizarse tal o cual conducta, es una afirmación que se fundamenta en la presuposición de una norma fundamental hipotética; este carácter hipotético o condicionado de la afirmación, concluye Kelsen, hace particularmente infundado el reproche de especulación metafísica formulado por Ross.[24]

Por otro lado, añade Kelsen, si concebimos el derecho como un conjunto de normas en el sentido que se acaba de consignar, hay que admitir que los enunciados de la ciencia jurídica deben ser enunciados sobre normas y no sobre hechos. La ciencia jurídica debe dar cuenta de las normas vigentes mediante enunciados en los que se afirma que dadas ciertas circunstancias debe tener lugar cierta conducta, no mediante enunciados en los que afirma que cierta conducta tiene lugar, o tendrá lugar. Ross no lo cree así porque considera que de este modo la ciencia jurídica no se acomodaría al canon de cientificidad propio de toda verdadera ciencia empírica. Pero esto se debe, prosigue Kelsen, a que sustenta un concepto indebidamente restringido de ciencia empírica. Para ser empírica la ciencia del derecho no debe intentar lo imposible: describir normas, que establecen conductas que deben ser, con proposiciones acerca de la conducta que es o probablemente será. Una ciencia es «empírica», en contraposición a «metafísica», no solamente si describe el sentido de ciertos actos humanos que tienen lugar en el tiempo y en el espacio.[25]

Además de defenderse, como hemos visto, de la acusación de que su teoría es una teoría metafísica, Kelsen crítica la identificación que establece Ross de vigencia y efectividad de las normas, considerando que no es coherente una vez que éste en *On Law and Justice* acepta que el derecho consiste en un conjunto de normas o directivas que prescriben lo que se debe hacer. En este sentido, aparte de aludir a una frase de la obra citada en la que se habla de la efectividad como condición de la vigencia,[26] se fija

---

[24] Cfr. «Eine 'Realistische' und...», cit., 23-25. *RR*$_2$, cit., 215 y sigs., nota a pie de pág.

[25] Cfr. «Eine 'Realistische' und...», cit., 4-5, 6-8.

[26] Cfr. «Eine 'Realistische' und...», cit., 20. La frase a la que se refiere Kelsen se encuentra en la pág. 35 de *On Law and Justice*: «The effectiveness

en el pasaje en el que el autor danés admite que se puede considerar como vigente a una norma recién promulgada que aún no es efectiva porque no ha podido ser aplicada por los tribunales. Como sabemos, para Ross que tal norma se considere vigente significa que se puede predecir con cierta probabilidad que será aplicada. Pero Kelsen comenta que lo que cabe predecir con mayor o menor probabilidad de acierto es la efectividad futura de la norma, no su vigencia o existencia que ya posee, pues no se puede negar que cuando un tribunal la aplique estará aplicando una norma ya vigente. Luego la vigencia es distinta de la efectividad; y lo que es apropiado decir de la norma en cuanto vigente o existente no es que es o será aplicada, sino que debe ser aplicada.[27]

Esta crítica de Kelsen se apoya en la premisa de que Ross acepta que el derecho consiste en un conjunto de normas o directivas cuya función es prescribir ciertas conductas. Probablemente la crítica sería concluyente si fuera verdad que Ross comparte el concepto kelseniano de norma en general y de norma jurídica en particular. Pero no es este el caso. Para Kelsen la noción de norma implica necesariamente la noción de deber, o deber ser, aunque deber se entienda como una mera categoría formal. La función esencial de una norma es establecer lo que objetivamente debe ser, la conducta debida para los componentes de un grupo. Ahora bien, esta noción de deber, o deber ser, en sentido objetivo, no sólo es extraña al pensamiento de Ross, sino que, como hemos visto, éste la critica y la rechaza abiertamente. Aunque hable de normas o directivas y al referirse a ellas alguna vez utilice el término deber, para él no existe diferencia esencial entre una norma jurídica y la orden o el mandato de cualquier sujeto privado. Subsiste, por tanto, una clara y sustancial diferencia entre ambos respecto del concepto de derecho y de norma jurídica. Y es esta diferencia la que subyace en el fondo de las críticas y contracríticas que se dirigen el uno al otro a propósito de las nociones de vigencia, «validez», obligatoriedad, etc. En resumen, lo que puede decirse a modo de conclusión a la vista de la polémica de la que hemos dado cuenta es que nos encontramos ante dos autores que adoptan presupuestos filosóficos diferentes -el neokantismo, el uno; el empirismo lógico, el otro- desde los que mantienen concepciones distintas acerca del

which conditions the validity of the norms...»; en la versión castellana «effectiveness» es traducido por «los hechos», cfr. *Sobre el Derecho*..., cit., 35.

[27] Cfr. «Eine 'Realistische' und...», cit., 19-21.

derecho y de la ciencia jurídica. Y que, como consecuencia de esas diferencias, atribuyen significados diferentes al enunciado en que se afirma que una norma jurídica existe, o es vigente. Para Ross sólo puede significar que se dan, o probablemente se darán, ciertos hechos sociales relacionados con la norma, cuya constatación verifica dicho enunciado. Para Kelsen, aunque ciertamente deben darse ciertos hechos sociales para que pueda afirmarse que una norma jurídica existe, el verdadero significado de tal afirmación es que existe un deber, es decir, que los destinatarios de la norma deben comportarse de determinada manera.

5. *La intervención de Hart. La polémica entre Ross y Hart*

Hart también participó en la polémica a que nos venimos refiriendo. Inició su participación precisamente sometiendo a crítica la interpretación defendida por Ross de los enunciados en los que se asevera que una norma jurídica es una norma vigente. Además, al situar la discusión en el contexto de la diferencia por él establecida entre enunciados internos y enunciados externos, contribuyó a clarificar un aspecto importante del tema discutido. Pese a todo, su posición no resulta en principio fácilmente comparable con las mantenidas por Kelsen y Ross. Esto se debe, en primer lugar, a que Hart no se planteó de forma explícita el problema en la forma en que lo hicieron Kelsen y Ross, a saber, como la pregunta por el significado que cabe atribuir a los enunciados mediante los que la ciencia del derecho da cuenta de las normas jurídicas como normas vigentes. Se debe también, por otro lado, a que su discusión con el autor danés se vio perturbada por el hecho de que en la versión inglesa de la obra que tomo como referencia -*On Law and Justice*- se tradujo «vigente», «norma vigente», por «válida» «norma válida», y debido a esta circunstancia, cuando Hart criticó la interpretación defendida por Ross de los enunciados que revisten la forma «X es una norma vigente del derecho... (inglés)» Y frente a ella propuso la suya propia, condujo la argumentación como si con tales enunciados no se hiciera referencia al tema de la vigencia o existencia de las normas jurídicas en general, sino al más particular de la validez y de las normas jurídicas válidas. De todas maneras, si se considera atentamente su pensamiento tal como lo expone en distintos momentos, no es difícil inferir, como se intentará mostrar en lo que sigue, cuál es su postura respecto del tema que nos ocupa.

Hart asume la orientación general compartida por los representantes oxonienses de la filosofía analítica y desde ella rechaza la estrecha concepción del empirismo acerca del tipo de enunciados que se consideran racionalmente aceptables. En este sentido en su recensión de *On Law and Justice*, publicada en 1959, critica decididamente la posición de Ross, según la cual los enunciados sobre normas, para ser racionalmente aceptables, han de ser enunciados relativos a ciertos hechos sociales. De forma concluyente escribe: «Si queremos entender las reglas sociales y los usos normativos del lenguaje que constituyen parte inseparable de ese complejo fenómeno de la vida social, es vital no aceptar el dilema de Ross «O interpretar aquéllos como predicciones de la conducta y los sentimientos de los jueces, o como asertos metafísicos sobre entidades inobservables situadas por encima del mundo de los hechos». El lenguaje jurídico posee más dimensiones que las que tal posición permite.[28]

Para nuestro autor sólo el peculiar dogmatismo que comparte Ross con los demás componentes del «realismo escandinavo» puede explicar esta posición suya de considerar que los enunciados a propósito de normas, o bien son asertos sobre hechos, o bien son metafísicos. De ser así, habría que incluir entre estos últimos a todos los enunciados deónticos, o sobre lo que se debe hacer. Pero estos enunciados, continúa Hart, resultan necesarios para una elucidación aceptable del discurso que se desarrolla allí donde hay normas; y, estudiados con atención, nada se observa en ellos de metafísico, aunque su estructura y su «lógica» sean distintas de las de los enunciados sobre hechos. Constituyen una parte esencial del lenguaje propio de los componentes de un grupo social en el que existen reglas de comportamiento. En efecto, cuando en un grupo existen reglas y no sólo hábitos colectivos cabe, desde luego, situarse en un punto de vista externo a tal fenómeno y formular enunciados (externos) para dar cuenta de regularidades de comportamiento, de reacciones ante conductas divergentes, para hacer predicciones de comportamientos futuros, etc. Pero quienes se sitúan en un punto de vista interno, porque aceptan y usan las reglas en sus relaciones recíprocas, utilizan otro tipo de enunciados, enunciados internos, en los que se hace referencia a las reglas para fundamentar pretensiones, valorar y criticar conductas, justificar sanciones, etc.; y una de las formas más corrientes de formular esa referencia es la que se

[28] Cfr. H. Hart. «Scandinavian Realism», en *Cambridge Law Journal*, 1959, 239.

expresa mediante la frase tan generalmente usada: «debes hacer tal cosa», o «no debes hacer tal otra». Por otra parte, lo característico de estos enunciados no radica en que sean expresión de ciertos sentimientos que se experimentan respecto de las reglas, pues la presencia de tales sentimientos no es condición necesaria ni suficiente para su uso correcto en la función valorativa y normativa que les es propia.[29]

A partir de esta reivindicación de los enunciados internos, normativos, como parte sustancial del lenguaje jurídico, Hart desarrolla su crítica al análisis rossiano de los enunciados sobre la validez de las reglas del derecho y propone su propia interpretación de los mismos. Ross entiende que el enunciado «X es una regla válida del derecho (inglés)» constituye un enunciado externo, sobre hechos, mediante el que se predicen ciertas conductas de los jueces. Sin embargo, argumenta Hart, si nos atenemos a su uso normal y más característico, dicho enunciado representa un tipo peculiar de enunciado interno, normativo. Cuando lo utiliza un juez, por ejemplo, resulta claro que no significa una predicción de su conducta futura, sino el reconocimiento de la regla en cuestión como modelo jurídico de comportamiento y, por tanto, como razón o fundamento de sus decisiones. Y, si en ocasiones es usado como significado predictivo, la base que hace posible tales predicciones es el conocimiento que se tiene de que los jueces y otras personas lo usan en sentido no predictivo sino normativo. El contexto normal en que resulta pertinente formular enunciados de validez, continúa Hart, es aquel que se da allí donde funciona, de forma generalmente eficaz, un sistema normativo en el que además de reglas primarias, que se toman como pautas de conducta, existe también una serie de criterios para identificarlas, que en el caso del derecho se integran en una regla (secundaria) de reconocimiento. Dentro de dicho contexto afirmar que una determinada regla jurídica es válida tiene el significado de que se reconoce a la misma como tal, como modelo jurídico de comportamiento, porque satisface los requisitos exigidos en la regla de reconocimiento del sistema. Ahora bien, en la formulación típica de los enunciados en los que se afirma que una determinada regla jurídica es válida no suele figurar de forma expresa la constatación de que ésta cumple los requisitos contenidos en la regla de reconocimiento. Lo normal, más bien, es que, dando por supuesto que se han cumplido en el caso en

[29] Cfr. «Scandinavian...», cit., 236-238. *The Concept of Law*, Oxford University Press, 1961, 10-11, nota en pág. 233, 54-56, 86-88.

cuestión, se aluda directamente a la exigencia contenida en la regla de que se trata formulándola como exigencia del orden jurídico correspondiente. Por eso los enunciados de validez, en su forma más simple y usual, se expresan del siguiente modo: «El derecho dispone que...».[30]

La reacción de Ross ante la crítica expuesta consistió, ante todo, en señalar que se trata de una crítica mal enfocada a causa, probablemente, del malentendido lingüístico a que se hizo referencia más arriba. Mientras que Hart habla de validez y de normas válidas, él se refiere a la vigencia o existencia de las normas jurídicas en general. Si se deshace esta confusión, afirma Ross, se comprueba que no existe un verdadero desacuerdo entre ellos. En el análisis de los enunciados de validez como enunciados internos, defendido por Hart, el término validez posee el mismo significado con que es usado corrientemente por los juristas cuando califican ciertos actos jurídicos -un contrato, un testamento- como válidos o inválidos, es decir, nulos. Con este significado el término cumple una función interna, pues se usa para afirmar algo *según* un sistema de reglas. El enunciado de validez es aquí un juicio jurídico que aplica reglas jurídicas a ciertos actos. Sin embargo, prosigue el autor danés, en la obra criticada por Hart de lo que él se ocupa es de la existencia o vigencia de las reglas. Para referirse a ella puede usarse también el término validez, aunque no se trata de un uso normal en el idioma inglés. Pero en este caso el término adquiere un significado distinto, ya que cumple una función externa: no se utiliza para afirmar algo *conforme a* las reglas, sino *acerca de* las mismas. El enunciado de validez (vigencia) ya no es un juicio jurídico, sino una aserción fáctica, que hace referencia a un conjunto de hechos sociales. Y planteada la cuestión en estos términos, concluye Ross, el desacuerdo con Hart se desvanece, pues también él, cuando habla de la existencia de reglas -de la existencia de la regla de reconocimiento o del sistema jurídico en su conjunto-, considera que se trata de una cuestión de hecho, objeto de enunciados externos que hacen referencia a ciertos hechos o fenómenos sociales.[31]

---

[30] Cfr. «Scandinavian...», cit., 236-239. *The Concept of Law*, cit., 96, 99-102, nota en pág. 247.

[31] Cfr. A. Ross «Validity and the conflict...», cit., 25-26, 30-32. «Review of Hart's Concept of Law» (en *Yale Law Journal*, 1961-62), trad. italiana, no completa, de R. Guastini, en el vol. *Problemi di teoria del diritto*, Bologna, 1980, 357, 359-360.

Si se tiene en cuenta lo expuesto en las páginas precedentes, parece claro que esta réplica de Ross es acertada sólo en parte. Es cierto que Hart considera que la existencia de la regla de reconocimiento, así como la de un sistema jurídico en su conjunto, es una cuestión de hecho, objeto de enunciados externos que hacen referencia a ciertos fenómenos sociales. También lo es que, a su juicio, los enunciados sobre la validez de una regla jurídica, tomados en su uso central y más característico, son enunciados internos y que en ellos el término validez cumple la función de afirmar algo a partir de una regla del propio sistema. Sin embargo, Ross no acierta porque no advierte, o no quiere advertir, que lo que se afirma en dichos enunciados con el término validez, al predicarlo de determinadas reglas, es justamente su existencia. Hart es absolutamente explícito al respecto: cuando nos encontramos, como ocurre en un orden jurídico desarrollado, ante un sistema de reglas que incluye una regla de reconocimiento, de tal manera que el *status* de otras reglas como parte del sistema depende de que satisfagan los criterios establecidos en aquélla, estamos también ante una nueva aplicación del término «existencia de una regla». Porque el enunciado de que una regla existe ya no tiene que ser, como en los casos en que no contamos con una regla de reconocimiento, un enunciado externo acerca del hecho de que cierto modo de comportamiento es aceptado en la práctica como modelo normativo. Ahora puede ser un enunciado interno que aplica la mencionada regla de reconocimiento y en el que se afirma que la regla en cuestión es válida conforme a los criterios de validez del sistema.[32] Así, pues, respecto de ciertas normas jurídicas afirmar que son válidas equivale a afirmar que existen como tales. El desacuerdo entre ambos autores subsiste en cuanto que Ross no reconoce que en los enunciados de validez se afirma la existencia de determinadas normas.[33]

---

[32] Cfr. *The Concept Law*, cit., 106-107.

[33] Ross, que utiliza *validez* como predicado de ciertos actos jurídicos -un contrato, un testamento- para indicar si por su conformidad, o no conformidad, con una norma vigente producen los efectos perseguidos, o no los producen, no usa consciente y temáticamente dicho término con un significado análogo como predicado de normas jurídicas. Cfr. en el mismo sentido, L. Hierro, *El realismo jurídico escandinavo*. Una teoría empirista del derecho, Valencia, F. Torres, 1981, 298, nota 815. Sin embargo, hay que añadir que al menos de forma incidental utiliza validez con tal significado a propósito de normas en *Lógica de las normas* (trad. de *Directives and Norms*, London, 1968), Madrid, Tecnos, 1971, 93, 113, 123-124.

Ahora bien, Hart no se plantea la cuestión de si son posibles enunciados de validez no normativos, sino meramente descriptivos o informativos, a saber, el tipo de enunciados que podría formular un observador que, sin aceptar personalmente la regla de reconocimiento de un orden jurídico, afirmara que allí donde ésta rige y para aquéllos que la aceptan, la norma X es una norma válida y, por tanto, existente como tal. Estos enunciados podrían incluso adoptar la forma que sugiere Hart como la usual de los enunciados de validez: el observador a que nos referimos podría sencillamente afirmar que, en el país de referencia (el derecho dispone que), en tales o cuales circunstancias, se debe realizar tal o cual conducta. En principio nada parece impedir que puedan darse enunciados de este tipo. Sin embargo, como se ha dicho, Hart no examina tal posibilidad.[34] Usualmente se refiere a los enunciados de validez como internos y normativos. Y para mostrar algún caso en que se ponga de relieve de forma paradigmática el sentido de estos enunciados recurre reiteradamente al ejemplo del juez que, en aplicación de la regla de reconocimiento y manifestando con ello su aceptación de la misma reconoce cierta norma como válida y, por tanto, como vinculante.

Ross tomó pie en esta laguna de la construcción de Hart, o, dicho de otro modo, en la simplificación implícita en su distinción de enunciados internos y enunciados externos, para formular una segunda observación en defensa de su doctrina frente al ataque de éste. En efecto, el autor danés recalca que los enunciados internos no poseen naturaleza descriptiva, sino directiva, de modo que, por referencia a las reglas, no informan sobre las mismas, sino que ponen de manifiesto que se las acepta y se las usa. Verdaderamente descriptivos son únicamente los enunciados externos. Por tanto, para informar objetivamente acerca de las reglas, de su vigencia o existencia, sólo son apropiados estos enunciados externos relativos a ciertos hechos o fenómenos sociales. Ross se lamenta, además, de que Hart apenas se ocupe de ellos y de que, cuando lo hace, los considere como la forma de expresión característica de minorías disidentes que rechazan las reglas de su grupo, no cayendo en la cuenta de que el uso más obvio de los mismos es el que lleva a cabo el estudioso del derecho que ni acepta ni rechaza las reglas, sino que simplemente

[34] Aunque en alguna ocasión afirme que no parece difícil determinar si un enunciado de validez es «verdadero» o, al menos, «correcto». Cfr. «Scandinavian...», cit., 236.

procura dar cuenta con fidelidad de aquellas que se encuentran vigentes.[35]

Aparte lo expuesto más arriba -a saber, que para Hart los enunciados de validez, aunque internos o normativos, también dan cuenta de la existencia de reglas-, hay que decir que en este punto la observación de Ross de nuevo sólo es acertada en parte. Es acertado que Hart presta atención prevalente a los enunciados formulados desde el punto de vista interno, lo que le diferencia de Ross y de Kelsen. La preocupación fundamental de éstos fue el *status* epistemológico de la ciencia jurídica, por lo que centraron su atención en los enunciados descriptivos o informativos propios del estudioso del derecho. Hart, por el tipo de filosofía del que parte, extiende su interés a otras formas características del lenguaje jurídico y, con el fin de aclarar una serie de nociones a su juicio todavía oscuras, considera sobre todo los enunciados que formulan quienes aceptan y usan las reglas. A estos enunciados internos, normativos, contrapuso desde el principio los enunciados externos relativos a hechos sociales. Sin embargo, y esto es algo que Ross no podía saber en el momento en que formuló su observación, más tarde matizó esta contraposición primera, de tal forma que acaba aceptando la posibilidad de un tercer tipo de enunciados que, aunque por su estructura formal sean deónticos o normativos, son apropiados para dar cuenta de o informar sobre las reglas existentes.

Ya en *The Concept of Law*, junto a los enunciados característicos del punto de vista externo extremo mediante los que únicamente se constatan o predicen regularidades de comportamiento, reconoce la posibilidad de otro tipo de enunciados externos que sirven para dar cuenta del modo como ven las reglas quienes las aceptan como tales: «Los enunciados hechos desde el punto de vista externo pueden, a su vez, ser de tipos diferentes. Pues el observador puede, sin aceptar él mismo las reglas, afirmar que el grupo las acepta, y referirse así, desde afuera, al modo como ellos las ven desde el punto de vista interno». Con todo, Hart aún sigue considerando que tales enunciados son enunciados sobre hechos: lo que el observador expresa mediante[36]

---

[35] Cfr. «Review of Hart's *Concept of Law*», trad. italiana citada, 359. Es cierto que en ocasiones Hart se refiere a los enunciados externos como aquellos que usan quienes dentro de un grupo no aceptan las reglas vigentes pero quieren actuar evitando las consecuencias negativas que puedan derivarse de su infracción (Cfr., por ejemplo, *The Concept of Law*, cit., 88); no lo es, sin embargo, que Hart considere que éste es el único uso de tales enunciados.

[36] Cfr. *The Concept of Law*, cit., 86-87 (las cursivas son de Hart).

ellos es el *hecho* de que los miembros del grupo aceptan ciertas reglas como modelos de comportamiento y consideran su conducta como exigida o justificada por las mismas.[37] Posteriormente algunos autores como J. Raz y N. MacCormick que, al menos en parte, pueden ser considerados como seguidores de Hart, han criticado, directa o indirectamente, su distinción de enunciados internos y enunciados externos como insuficiente y han sugerido la necesidad de reconocer otro tipo de enunciados intermedios para explotar las posibilidades explicativas de su enfoque.[38] El propio Hart, por último, ha aceptado estas críticas y sugerencias en algunos de sus últimos escritos, fijando así la que puede considerarse su posición definitiva sobre este asunto. Entre el punto

[37] Cfr. *The Concept of Law*, cit. 244, nota a pág. 86. E. Bulygin considera que este tipo de enunciados externos en los que se afirma el hecho de que los miembros de un grupo social aceptan y usan ciertas reglas como tales, enunciados a los que Hart alude pero no considera temáticamente, son los apropiados en el contexto del pensamiento hartiano para dar cuenta o informar de las reglas como existentes. No son apropiados los enunciados externos mediante los que un observador se limita a registrar la existencia de regularidades de conducta entre los miembros del grupo. Pero tampoco lo son los enunciados internos de validez de que habla Hart, ya que éstos son normativos o deónticos, son verdaderas prescripciones, por lo que su uso es incompatible con una actitud ante el derecho como la positivista, que aspira a dar cuenta del derecho tal cual es, sin pretender valorarlo ni prescribir que debe ser obedecido. Aunque Bulygin reconoce que serían posibles enunciados de validez puramente descriptivos o informativos (posibilidad a la que se ha hecho referencia más arriba en el texto; cfr. pág. 27), insiste en que se trataría de enunciados sobre hechos: enunciados que registrarían el hecho de que una norma determinada satisface los criterios de identificación establecidos en la regla de reconocimiento. A juicio de Bulygin, si no queremos incurrir en el error del cuasi-positivismo -término que toma de la discusión de Ross con Kelsen-, hemos de admitir que los enunciados sobre la vigencia (validez) de las normas jurídicas han de ser enunciados de un tercer tipo: que no son enunciados que se limiten a registrar hechos sino que afirman la existencia de deberes, derechos, competencias, etc., sin ser, sin embargo, enunciados propiamente normativos. Cfr. E. Bulygin, «Norme, proposizioni normative, e asserti giuridici» (trad. de «Norms, Normative Propositions, and Legal Statements», en el vol. *Contemporary Philosophy. A New Survey. III Philosophy of Action*, 1982), en el vol. *L'analisi del ragionamenteo giuridico*, Torino, Giappichelli, 1987, 16-29.

[38] Mientras que N. MacCormick (*H. L. Hart*, London, E. Arnold, 1981, 37-40, 43-44) se refiere directamente a Hart cuando propone un punto de vista hermenéutico desde el que sería apropiado formular enunciados característicos, J. Raz (cfr., entre otros trabajos, *Practical Reason and Norms*, Hutchison of London, 1975, 170-177; «Legal Validity», en *ARSP*, 1977, 346-350) con su formulación de los enunciados no comprometidos -*detached normative statements*-, intenta completar la tipología inicial de Hart reinterpretando, con cierta originalidad, la doctrina kelseniana de los enunciados de la ciencia jurídica como enunciados deónticos descriptivos.

de vista externo del observador que se limita a registrar hechos y el interno de quienes aceptan y usan las reglas admite ahora un tercer punto de vista, que, siguiendo a MacCormick, puede llamarse «hermenéutico». Es el punto de vista propio de quien, sin necesidad de aceptar personalmente las reglas existentes en una sociedad, quiere sin embargo dar cuenta objetivamente de ellas y describirlas como tales reglas, para lo que necesita colocarse en la posición o actitud de quienes las aceptan y usan. Para informar adecuadamente de las reglas existentes este observador utilizará un tipo de enunciados que no son internos, pues al formularlos no expresa su aceptación de las mismas o su adhesión a ellas, pero tampoco son externos, ya que con ellos no hace referencia a meros hechos sociales. Se trata de enunciados formalmente normativos -pueden, por ejemplo, revestir la forma: «Según el derecho del país X, en tales circunstancias se tiene el deber o la obligación de hacer tal o cual cosa»- pero que cumplen una función descriptiva-informativa. Hart reconoce que éste es el punto de vista que adoptan y el tipo de enunciados que normalmente usan los estudiosos que pretenden exponer con propósitos teóricos un determinado sistema jurídico.[39]

6. *Valoración de la posición de Hart. Conclusión de esta primera parte*

Si se tienen en cuenta estas precisiones últimas de Hart, creo que puede asegurarse que su posición respecto del tema que venimos tratando se acerca claramente a la de Kelsen y se separa de la de Ross. Es cierto que, como se advirtió más arriba, Hart no se propuso de forma explícita dicho tema en la forma en que lo discutieron Ross y Kelsen: como la pregunta acerca de si los enunciados de la ciencia del derecho, en los que se informa de las normas jurídicas como normas vigentes en una determinada sociedad, hay que interpretarlos como una aseveración sobre la ocurrencia actual o futura en dicha sociedad de ciertos hechos relacionados con las normas o, más bien, como una afirmación de que en tal sociedad debe tener lugar la conducta prescrita en dichas normas. Sin embargo, también es cierto que en su obra se encuentran elementos suficientes para inferir cuál sería su respuesta

[39] Cfr. H. L. A. Hart, «Legal Duty and Obligation», en sus *Essays on Bentham. Jurisprudence and Political Theory*, Oxford, 1982, 153-155. *Essays in Jurisprudence and Philosophy*, Oxford, 1983, 13-15.

a tal pregunta. Ante todo conviene recordar que de forma parecida, aunque desde luego no idéntica, a como lo hace Kelsen, Hart considera que la vinculatoriedad u obligatoriedad constituye una característica inherente a las normas jurídicas (lo que no significa, obviamente, que sostenga que todas ellas son normas que imponen directamente obligaciones). En este sentido afirma una y otra vez que el rasgo más sobresaliente del derecho en todo tiempo y lugar consiste en que su existencia lleva consigo que ciertos tipos de conducta humana dejan de ser optativos para convertirse en obligatorios.[40] Por otro lado, diferenciándose de Ross, reivindica, como hemos visto, el uso de enunciados normativos, o sobre lo que debe hacerse, como parte necesaria del lenguaje relativo a normas. Por último, en las páginas inmediatamente precedentes se ha puesto de relieve que Hart acepta que este tipo de enunciados puede y debe ser utilizado no sólo con función normativa, por quienes aceptan y usan las normas para prescribir o recomendar conductas, sino también con función declarativa o informativa, por quienes desde una posición neutral pretenden dar cuenta adecuadamente de las normas vigentes en una sociedad determinada. Creo que en este último paso, unido a los anteriores, se encuentra claramente implícito que Hart aceptaría que el modo apropiado, para un observador neutral como el aludido, de informar de que cierta norma se encuentra vigente en una determinada sociedad sería mediante un enunciado en el que se afirmara que en dicha sociedad debe tener lugar la conducta establecida en la norma en cuestión.

Expuesta la posición de cada autor y considerados los argumentos esgrimidos por cada uno de ellos, estimo que la tesis más aceptable es aquélla que, implícita en Hart, defendió expresamente Kelsen, lo que no quiere decir que comparta sus presupuestos filosóficos ni, por tanto, el tenor preciso de algunas de sus afirmaciones.

Como se ha visto, una cuestión previa y de importancia decisiva para el tema discutido se refiere a la noción misma de norma jurídica. Se trata, en concreto, de si se considera, o no, que las normas del derecho, a diferencia de las meras órdenes o mandatos respaldados por la fuerza, son vinculantes u obligatorias, es decir, dan lugar directa o indirectamente a deberes u obligaciones. Considerar que las normas jurídicas son vinculantes u obligatorias no significa afirmar que todas ellas son normas que imponen directamente obligaciones, pues parece

[40] Cfr. *The concept of Law*, 6, 79-80.

evidente que junto a éstas existen también otras normas que reconocen derechos y libertades, atribuyen poderes o competencias, etc. Significa más bien reconocer que se trata de normas tales que los efectos previstos en ellas -bien sea el surgimiento de una obligación, reconocimiento de un derecho o la atribución de una competencia, etc.- se producen en el medio social, una vez que se dan las condiciones establecidas en las normas mismas, con independencia del arbitrio de los individuos afectados. Dicho de otro modo, que las normas y pautas que integran un orden jurídico son vinculantes u obligatorias en un medio social quiere decir que, para los miembros del grupo, se constituyen en referencia objetiva -intersubjetiva- para atribuirse y reclamarse recíprocamente deberes y obligaciones, competencias, derechos, etc. Como se ha puesto de relieve con anterioridad ésta es la concepción que, con matices diferentes en los que no es pertinente entrar ahora, comparten Kelsen y Hart, y la que nos parece más aceptable.

La aceptación de tal concepción condiciona en buena medida la respuesta a la pregunta acerca del significado del enunciado en que se afirma que una norma jurídica existe o es vigente en una sociedad, cuando es emitido por un cultivador de la ciencia del derecho, o por cualquier observador que adopte su punto de vista. No cabe duda de que para que dicho enunciado sea verdadero deben darse algunas condiciones, entre las que seguramente figuran ciertos hechos o fenómenos sociales. Y a esto es a lo que se refiere la respuesta de Ross. Desde el estricto empirismo que profesa, lo único que aquel enunciado puede significar, dentro de los límites de lo racionalmente aceptable, es que en la sociedad de que se trate se dan, o probablemente se darán, ciertos comportamientos en relación con la norma cuya vigencia se afirma.[41] También otros autores defienden una interpretación

[41] Debe señalarse, sin embargo, que en diversos lugares de su libro *Lógica de las normas* Ross acepta expresamente que los enunciados mediante los que el científico del derecho, o cualquier persona que se coloque en su punto de vista, informa de la existencia de una norma, del estado de cosas resultante de tal existencia, pueden ser enunciados en los que se afirma que el destinatario de la norma tiene el deber de hacer tal o cual cosa. Cfr. *op. cit.*, 43, 140. Con todo hay que añadir que lo que antecede parece no ser más que una concesión incidental, ya que Ross sigue manteniendo sustancialmente la misma posición que hemos expuesto con anterioridad. Así, sostiene que afirmar que una norma jurídica existe, o está en vigor, significa que tienen lugar ciertos hechos sociales relacionados con ella: que los jueces la aplican porque la experimentan como «válida» u obligatoria (cfr. *op. cit.*, 82-90, 91, 95, 98, 169). Explica la «validez» u obligatoriedad en términos de experiencias de impulsos desinteresados de obediencia (cfr. *op. cit.*, 47-48, 66 nota 17, 83-86,

semejante, porque consideran que es la única compatible con una actitud teórica que, como la del positivismo jurídico, se limite a describir o informar del derecho tal cual es, sin valorarlo ni prescribir que debe ser obedecido. Creo, sin embargo, que la respuesta de Kelsen puede cumplir con esta condición y es más apropiada. Cumple con dicha condición, eludiendo el riesgo de incoherencia y sin perder su intención esencial, si la desprendemos de la doctrina sobre la norma fundamental presupuesta y la insertamos en el marco de la teoría sobre el punto de vista hermenéutico aceptada por Hart en sus últimos escritos.[42] Para captar adecuadamente aquella intención conviene tener presente que la pregunta acerca del significado del enunciado en que se afirma la vigencia de una norma puede entenderse como una pregunta referida, no a las condiciones de verdad de tal enunciado, sino más bien, dando por supuesto que el enunciado es verdadero, a la situación o estado de cosas que se da en una sociedad como consecuencia directa del hecho de que la norma existe o está vigente. Entendida la pregunta de este modo parece claro que, para dar cuenta en forma objetiva de tal estado de cosas, un estudioso o cualquier otro observador deberá colocarse en la posición o actitud de quienes aceptan y usan las normas como reglas obligatorias. Y, situado en esa perspectiva, el modo apropiado de informar de que cierta norma está vigente en una sociedad, sin que ello signifique valorarla ni prescribir su obediencia, es el de afirmar que en dicha sociedad la norma es vinculante, es decir, que en ella debe realizarse la conducta establecida en la misma.

111-112). Finalmente, mantiene en lo esencial su crítica a la posición de Kelsen (cfr. *op. cit.*, 145-147).

[42] El propio Hart, que en su trabajo de 1963 «Kelsen Visited», cit., 710-717, intentó una peculiar interpretación de la doctrina de Kelsen sobre los enunciados de la ciencia jurídica como enunciados deónticos descriptivos, reconoce ahora que lo que Kelsen quiere dar a entender coincide sustancialmente con lo que se expresa mediante la idea del punto de vista hermenéutico y de los enunciados que desde el mismo se formulan para dar cuenta de las normas vigentes. Cfr. *Essays in Jurisprudence and Philosophy*, cit., 15. Respecto de la incoherencia dentro de la teoría kelseniana entre la doctrina sobre los enunciados de la ciencia jurídica como enunciados deónticos descriptivos y la doctrina sobre la norma fundamental como presupuesto necesario para fundamentar tales enunciados, vid. infra págs. 37 y sigs., y nota 53.

III. SOBRE LA VERIFICACIÓN DE LOS ENUNCIADOS EN QUE SE AFIRMA LA VIGENCIA DE LAS NORMAS JURÍDICAS

1. *La propuesta «realista» de Ross. Crítica de la misma*

Acabamos de decir que un observador imparcial puede informar correctamente de que ciertas normas jurídicas son normas vigentes en una sociedad determinada mediante enunciados que, aunque contengan expresiones deónticas y por tanto sean formalmente normativos, en realidad constituyen enunciados descriptivos o informativos, es decir, juicios susceptibles de ser verdaderos o falsos. La cuestión que ahora hemos de tratar se refiere precisamente a las condiciones que nos permiten verificar tales enunciados, y puede formularse como la pregunta relativa a cuándo podemos decir que es verdadera la afirmación de que una norma jurídica existe como tal en un grupo humano. Pues bien, del mismo tenor de aquellos enunciados se deriva una primera respuesta, todavía muy abstracta, a esta pregunta: la aseveración de que una norma jurídica es una norma vigente en un grupo social será verdadera si en él se da la situación o estado de cosas aludido en el enunciado correspondiente, es decir, si los componentes del grupo mantienen entre ellos relaciones explicables sólo por referencia a la norma en cuestión. En cuanto este estado de cosas constituye un hecho social, puede decirse que, en principio, la verdad de los enunciados acerca de la vigencia de las normas jurídicas depende de la constatación de ciertos hechos o fenómenos sociales.

A tenor de lo dicho podría considerarse que, desde la perspectiva del tema que ahora tratamos, debe suscribirse la posición de Ross. Como se recordará, éste sostenía que los enunciados sobre la vigencia de las normas se verifican constatando la ocurrencia de ciertos hechos sociales. Formulada de este modo, como una afirmación genérica necesitada de ulteriores precisiones, puede considerarse aceptable. Sin embargo, cuando se intenta precisar, aparecen dificultades que impiden suscribir esta posición de Ross.

Tales dificultades se refieren, *en primer lugar*, a la determinación de los hechos sociales que es preciso constatar como verificación del enunciado en que se afirma que cierta norma forma parte del orden jurídico vigente en un país. Como se puso de manifiesto en la primera parte de este trabajo, para Ross la verdad relativa de cualquier enunciado sobre la vigencia de una norma jurídica, en cuanto predicción de que los jueces la aplicarán,

depende de que se constate que aquéllos vienen aplicando regularmente cierto tipo de normas porque las «sienten» o «experimentan» como socialmente vinculantes. Lo primero que no resulta aceptable de esta tesis es la reducción de los hechos relevantes a la conducta y los sentimientos de los jueces. Tal reducción deriva lógicamente del concepto de derecho u orden jurídico que, bajo la influencia kelseniana, mantiene Ross como conjunto de normas o directrices dirigidas a los tribunales para regular el uso de la fuerza dentro de una sociedad. Sin entrar en el detalle de la cuestión, baste indicar que, como repetidamente se ha puesto de relieve, no existen razones convincentes para sostener esta noción reductiva del derecho. El hecho de que ciertas personas y no otras actúen con éxito como jueces dentro de una sociedad resulta incomprensible si no se tiene en cuenta el acatamiento sostenido de determinadas reglas por parte del conjunto de los ciudadanos. Además, tampoco hay ningún argumento de peso para no considerar como parte sustantiva del derecho aquellas normas que de forma inmediata regulan las relaciones recíprocas entre los ciudadanos, ni la aceptación y obediencia de las mismas por éstos como una forma de realización efectiva del orden jurídico.

Por otro lado, Ross describe los hechos sociales relevantes para verificar el enunciado de que una norma jurídica es vigente aludiendo a dos datos que se dan conectados: primero, que los destinatarios se someten a la norma, que la obedecen porque, segundo, experimentan ante ella un sentimiento que se traduce en un impulso desinteresado a obedecerlos, es decir, en una compulsión a obedecer por creencia en el «deber». Tampoco esta descripción está exenta de críticas. Especialmente acertadas son las aducidas por Hart, quien reiteradamente ha hecho hincapié en que es erróneo interpretar en términos de sentimientos el fenómeno de la aceptación de las normas por parte de los miembros de un grupo. Lo que ha de darse necesariamente en los miembros de un grupo para que sea verdadera la afirmación de que en él existe tal o cual norma no son ciertos sentimientos de compulsión, que pueden faltar, sino una actitud consciente y, en su caso, crítica y reflexiva, de aceptación de la misma como tal norma, es decir, como modelo del comportamiento de unos para con otros.[43] En suma, la concepción de Ross resulta desacertada

[43] Cfr. Hart, «Scandinavian...», cit., 237-238. *The Concept of Law*, cit., 56; 85-86 nota en pág. 243. Ross rechazó esta crítica de Hart aduciendo que, salvo casos excepcionales, las normas se obedecen por sentimientos socialmente compartidos sin que intervenga una reflexión previa; cfr. «Review of Hart's...», cit., 358. Creo que la razón está de parte de Hart porque, aunque de hecho las cosas ocurran

tanto respecto de los sujetos cuya actitud y conducta ante las normas hay que tener en cuenta, como respecto de la descripción de dicha actitud y conducta. Siguiendo en este punto las observaciones críticas de Hart puede decirse que es verdad que una norma jurídica existe en un grupo social cuando los miembros del mismo, o una parte decisiva de ellos, la aceptan como tal, es decir, como modelo vinculante y obligatorio de su comportamiento recíproco.

Ahora bien, la doctrina de Ross resulta inaceptable, *en segundo lugar*, porque por su mismo punto de partida se cierra el camino para reconocer otro procedimiento de verificación de los enunciados sobre la vigencia de las normas del derecho, distinto de la constatación de ciertas actitudes y comportamientos respecto de las mismas, pese a que lo pone ante la vista la práctica jurídica cotidiana. En efecto, si a los juristas se les plantea la cuestión de si una determinada norma existe como parte de un orden jurídico, normalmente no acuden a comprobar si es de hecho aceptada por estas o las otras personas dentro del grupo. Lo normal, por el contrario, es que la consideren vigente y, por tanto, vinculante si reúne ciertos requisitos establecidos en otras normas ya consideradas existentes, por ejemplo, si ha sido creada de acuerdo con las previsiones contenidas en otra norma; en suma, si es válida. Aunque Ross, como se puso de relieve en la primera parte de este trabajo reconoce en algún momento que se puede llegar a considerar vigente una norma recién promulgada que todavía no ha podido ser aplicada por los tribunales, sin embargo, no tiene temáticamente en cuenta el procedimiento apuntado para comprobar la vigencia de las normas jurídica. La razón de que así sea no es otra, a mi entender, sino el peculiar «realismo» que profesa y que le lleva a sostener que los enunciados de la ciencia jurídica sobre la vigencia de las normas deben tener la misma estructura y la misma lógica que los de las ciencias empíricas.[44]

---

usualmente como sostiene Ross, lo que caracteriza el «obedecer una regla», a diferencia de actuar siguiendo un hábito, es que llegado el caso explicamos y justificamos nuestra conducta apelando a la regla.

[44] La calificación de «realista» que se atribuye a la posición de Ross es susceptible de matizaciones, dado que el significado del término «realismo jurídico» es algo sometido a discusión. El pensamiento de Ross se puede considerar más realista en *Towards a realistic Jurisprudence* (1946), obra en la que intenta explicar el derecho como un hecho socio-psicológico, que en *On Law and Justice* (1959), libro en el que las normas o directivas avanzan al primer plano como elemento integrante del orden jurídico. Sin embargo, en este libro y en sus obras posteriores sigue manteniendo ciertas ideas características del realismo: que el elemento del «deber» ha de ser entendido como mera expresión de hechos psicológicos, que los enunciados de la ciencia jurídica sobre las normas vigentes

Lo que permite considerar a una norma jurídica como vigente comprobando que es válida, que reúne los requisitos exigidos en otra norma, es la peculiar estructura del derecho como sistema de normas, aunque en rigor dicha peculiaridad no sea exclusiva del orden jurídico. De ella daba cuenta Kelsen a través de su afirmación reiterada de que el derecho regula su propia creación y aplicación.[45] A ella se refería también Hart con su conocida doctrina de que un orden jurídico plenamente desarrollado sólo se da allí donde existe una articulación de normas primarias y normas secundarias, relativas a las primeras, entre las que se encuentra una regla de reconocimiento que contiene los criterios revestidos de autoridad para identificar a las restantes normas.[46] Se trata, en suma, del llamado carácter institucional del derecho. En las sociedades humanas el derecho se destaca como un orden normativo distinguible de otros órdenes de normas, y especialmente del conjunto de principios y reglas que constituyen la moral social, cuando ciertas personas dentro del grupo son investidas de autoridad. A algunas de estas autoridades se les reconoce competencia para dirimir de forma definitiva, fundándose en el propio derecho, los conflictos entre los miembros del grupo; a otras para derogar normas consideradas obsoletas o inadecuadas e introducir otras nuevas. De este modo, las reglas mediante las que se instituyen tales autoridades establecen al mismo tiempo, de forma directa o indirecta, un conjunto de criterios que permiten identificar las restantes normas a las que los miembros del grupo deben adecuar su conducta y conforme a las que se decidirán los conflictos que puedan surgir entre ellos. La condición para que un orden jurídico exista y funcione normalmente es que una parte decisiva de los componentes del grupo acepten y acaten el entramado de reglas y autoridades aludido y, con ello, los criterios en virtud de los cuales se identifican todas las demás normas que se consideran como vigentes y, por tanto, como vinculantes. Gracias a esta peculiar estructura es posible determinar si una pretendida norma existe como tal sin necesidad de comprobar

son enunciados sobre los hechos, etc. Sobre el significado del «realismo jurídico». Cfr. entre nosotros L. Hierro, *El realismo jurídico escandinavo*, Valencia, 1981, 45 y sigs.

[45] Cfr., entre otros lugares, *RR*$_1$, cit., 73-74. *TGDE*, cit., 146. *RR*$_2$, cit., 73; 228; 260.

[46] Cfr. *The concept of Law*, cit., 91; 95; etc.

si ha sido aceptada de hecho por sus destinatarios; bastará con constatar que es válida, que se acomoda a los criterios de identificación aludidos. La aseveración de que una norma jurídica es una norma vigente se verifica constatando su validez.

2. *La solución característica del «normativismo positivista» kelseniano. Crítica general*

Esta forma de enfocar y resolver el problema, pensada como la única posible y desarrollada hasta sus últimas consecuencias, constituye un rasgo característico del normativismo riguroso. Entre las teorías que venimos considerando el ejemplo más claro de normativismo lo representa el pensamiento de Kelsen.[47] Para entenderlo cumplidamente conviene recordar que para Kelsen la pregunta acerca de si cierta norma jurídica es una norma vigente se plantea normalmente como la pregunta por la *razón* o *fundamento* de tal existencia o vigencia.[48] La explicación

---

[47] Hay que decir que la teoría kelseniana no es *radicalmente normativista*, ya que reconoce que la efectividad constituye una condición necesaria de la validez (vigencia) de las normas jurídicas. De todos modos el normativismo se manifiesta en la doctrina que construye Kelsen sobre este punto: presenta la efectividad como un requisito, previsto en la propia norma fundamental hipotética, que han de reunir las normas jurídicas para continuar siendo válidas una vez que han sido regularmente establecidas; vid. sobre esto infra, págs. 48 y sigs., y nota 60. Para un ejemplo, entre otros, de un normativismo radical, que mantiene que las normas del orden jurídico positivo han de considerarse válidas (vigentes) si han sido producidas de acuerdo con una norma anterior sin tener en cuenta para nada si alcanzan o no efectividad, vid. R. Lippold, «Geltung, Wirksamkeit und Yerbindlichkeit von Rechtsnormen», en *Rechtstheorie*, 19, Bd., 1985, 463 y sigs.

[48] Cfr. RR_1, cit., 65. TGDE, cit., 129-130. RR_2, cit., 46-47; 196-197. *ATN*, cit., 203-204. Aunque lo que Kelsen plantea, cuando trata el tema de la vigencia de las normas jurídicas, es el problema de por qué podemos decir que una norma es vigente, de cuál es la razón o el fundamento de tal vigencia, en ocasiones, sin embargo, se refiere, en contextos distintos, a la cuestión de la verificación de los enunciados en que se afirma que ciertas normas son normas vigentes. Lo hace de forma incidental y brevísima en lugares como «Value judgements in the science of law» (1942), págs. 130 y sigs. de la trad. en el vol. H. Kelsen, *¿Qué es Justicia*? Barcelona, Ariel, 1982. *TGDE*, cit., 56. RR_2, cit., 76; y de forma algo más extensa en *ATN*, cit., 143-145; 177. En resumen, viene a decir lo siguiente. La vigencia de una norma no es en sí misma verificable, pero sí lo es el enunciado en que se afirma que cierta norma no es vigente, pues dicho enunciado puede ser verdadero o falso. Será verdadero si se prueba que la norma en cuestión ha sido establecida (*gesetz*) y que no ha perdido su vigencia por haberse establecido una norma derogadora o por haber devenido inefectiva. Puesto que se trata de probar una serie de hechos, podría decirse que los enunciados sobre la vigencia de las normas son

de que sea así se encuentra en el ingrediente neokantiano de su teoría, conforme al cual las normas, el deber ser, hay que concebirlas como constituyendo un ámbito ontológico netamente distinto del ámbito de los meros hechos, o del ser, y de tal manera que entre ambos se da una fractura lógica: de la constatación de meros hechos, de que algo es, no es posible inferir la existencia de una norma, que ese algo debe ser; y viceversa, de la existencia de una norma, de que algo deba ser, no cabe inferir que ese algo sea u ocurra de hecho. De aquí que, para afirmar la vigencia de una norma, lo que implica la afirmación de la existencia de un deber ser objetivo, no baste con constatar la ocurrencia de ciertos hechos (que se ha dado un mandato y que éste es regularmente obedecido) que, en cuanto hechos empíricamente perceptibles, pueden no diferir de los que se dan en situaciones en las que no afirmamos que existan normas vinculantes, por ejemplo, en el caso de las órdenes de una banda organizada de delincuentes. La constatación de tales hechos constituye una condición necesaria, pero no suficiente, para poder afirmar que existe una norma. Es preciso, además, contar con una razón o fundamento. Tal fundamento se encuentra para Kelsen en una norma anterior, en que el mandato está autorizado por una norma anterior. Si es así, el mandato en cuestión puede ser considerado como una norma vigente porque es válida, ya que se adecua a lo establecido en la norma precedente. Ahora bien, respecto de esta última se puede plantear igualmente el problema de por qué la hemos de considerar como norma vigente, y la respuesta será también la misma: hemos de considerarla como tal si es válida por haber sido establecido conforme a otra norma anterior. Se

---

enunciados sobre hechos. Kelsen rechaza, sin embargo, esta conclusión que, a su juicio, supone confundir los hechos que funcionan como condición de la vigencia (el hecho de la posición de la norma y el hecho de la efectividad de ésta) con la vigencia misma. Y añade que el enunciado en que se afirma la ocurrencia de tales hechos y el enunciado en que se afirma que la norma es vigente son enunciados distintos. Sólo que el segundo únicamente es verdadero si lo es el primero, lo que quiere decir que los enunciados sobre la vigencia de las normas sólo son verificables indirectamente. Sin entrar en pormenores, se trata, a mi entender, de una doctrina que resulta bastante confusa si se la pone en relación con su doctrina, más conocida (la que ofrece como respuesta a la pregunta por el fundamento de la vigencia de las normas), según la cual la vigencia de una norma se fundamenta a través de un silogismo (un silogismo teórico, no práctico, precisa en *ATN*, cit., 203 y sigs.) mediante el que se prueba que la misma ha sido establecida de conformidad con lo previsto en una norma anterior vigente y, en último término, de conformidad con una norma fundamental hipotética.

produce así la conocida cadena de remisión de una norma a otra, que permite a Kelsen sostener que el orden jurídico constituye un sistema porque la fundamentación de la vigencia de cualquiera de sus normas remite a otra norma anterior hasta llegar a una norma fundamental.[49]

Ahora bien, Kelsen es positivista, el suyo es un normativismo positivista. En cuanto positivista sostiene que la determinación de la validez de las normas jurídicas ha de llevarse a cabo al margen de cualquier valoración de su contenido. Según esto la relación de adecuación entre una pretendida norma jurídica y otra anterior, relación en la que se basa la validez de la primera, concierne exclusivamente a la «forma» como ésta ha sido establecida -a la persona u órgano competente y al procedimiento seguido- pero no al contenido de la misma. Para un iusnaturalista, por el contrario, la determinación acerca de si una presunta norma jurídica existe como tal implica una valoración de su contenido. La norma en cuestión se considerará válida y, por tanto, vigente, si su contenido puede deducirse del contenido de otra norma anterior, que ya se considera válida. De esta forma la cadena de remisión según la cual el juicio sobre la validez de una norma remite a otra, el juicio sobre la validez de esta última a otra anterior, y así sucesivamente hasta llegar a una norma fundamental, supone que el contenido de las normas inferiores se deduce del contenido de las superiores, y el de todas ellas del contenido de la norma fundamental. Por eso a juicio de Kelsen, el iusnaturalismo concibe el orden jurídico como un sistema normativo *estático*, en el que la norma básica fundamenta el contenido de las restantes normas del sistema. Esta norma básica aparece, en tal contexto, como una norma que se considera válida (vigente) por su evidente justicia o rectitud en cuanto establecida por la razón, la naturaleza o la divinidad.

Pero para un positivista resulta racionalmente inaceptable la existencia de tal norma básica. No puede considerarla válida por su contenido; tampoco, por definición, porque haya sido establecida conforme a otra anterior, sencillamente tiene que presuponer que es válida. Se trata de una norma meramente supuesta, que nada dispone respecto del contenido de la Constitución, ni

[49] Cfr. RR_2, cit., 196 y sigs. Se trata de una doctrina que Kelsen repite en todas sus obras y que mantiene incluso después de haber llegado a la conclusión de que la norma fundamental es una norma ficticia, lo que supone admitir que la vigencia del orden jurídico se fundamenta en una ficción; cfr. entre otros trabajos de Kelsen, «Die Grundlage der Naturrechtslehre», cit., 119-120; «Zum Begriff der Norm», cit., 63; *ATN*, cit., 205-207, 355.

de las restantes normas del orden jurídico. Constituye simplemente el presupuesto normativo necesario para poder considerar que quienes han establecido la Constitución están «autorizados» para ello y, por tanto, que la Constitución es una norma jurídica válida. Y a partir de aquí las restantes normas se podrán considerar válidas si, sea cual sea su contenido, han sido establecidas por la persona autorizada por una norma anterior y siguiendo el procedimiento previsto en la misma. En un contexto positivista, por tanto, el orden jurídico hay que concebirlo como un sistema normativo *dinámico*, esto es, como un orden jerarquizado de delegaciones de autoridad normativa.[50]

Ciertamente Kelsen se encontró con dificultades para conciliar esta concepción del orden jurídico con algunos rasgos del derecho que reconocía o afirmaba en su teoría. Así, con el dato de que muchas normas jurídicas no se limitan a establecer la autoridad competente y el procedimiento a seguir para imponer otras normas, sino que contienen también prescripciones que limitan el contenido posible de las normas inferiores, prescripciones que en determinadas circunstancias son relevantes para decidir sobre la validez de estas últimas. Así, también, con la idea, que mantuvo hasta muy al final de su vida, de que dentro de un orden jurídico no es posible la vigencia simultánea de dos normas contradictorias, lo que implica admitir que la relación entre el contenido de una norma y el de otra es relevante para la validez de alguna de ellas. Por eso fue rectificando o matizando, más o menos explícitamente, aquella caracterización inicial del orden jurídico como un sistema normativo dinámico.[51] Finalmente, en su última obra Kelsen fijó su posición del siguiente modo: visto desde la norma fundamental, el orden jurídico constituye un sistema dinámico puro, dado que aquélla no incluye prescripción alguna acerca del contenido de la Constitución, sino que se limita a instituir, a convalidar, la autoridad del constituyente; sin embargo, visto desde la Constitución y desde otras normas subordinadas, ya no suele ser así, pues es corriente que

---

[50] Cfr. *Die philosophischen Grundlagen der Naturrechislehre und des Rechtspositivismus*, Charlottenhurg, Pan-Verlag Rolf Heise, 1928 (págs. 291 y sigs. de la reproducc. en Die Wiener *Rechtstheoretische Schule*, Wien, 1968, I), donde ya contrapone sistemáticamente iusnaturalismo y positivismo como teorías que conciben el orden normativo como un sistema estático la primera y como un sistema dinámico la segunda.

[51] Cfr. a este propósito mi trabajo «El voluntarismo de Hans Kelsen y su concepción del orden jurídico como un sistema normativo dinámico», en *Estudios en honor del profesor J. Corts Grau*, Valencia, 1977, 1, 176 y sigs.

una norma contenga prescripciones que predeterminan el contenido posible de otras normas inferiores, de tal modo que la correspondencia del contenido de la norma inferior con el de la norma superior es relevante para determinar la validez de la primera. De todas formas conviene resaltar que esta relación de correspondencia del contenido de una norma con el de otra no supone en ningún caso que entre en juego una valoración moral o política de dicho contenido. Kelsen sostiene que se trata de una correspondencia lógica, en el sentido de que se comprueba mediante un silogismo a través del cual las nociones o conceptos en que se expresa el contenido de la norma inferior se subsumen, como lo particular en lo general, en las nociones o conceptos en que se expresa el contenido de la norma superior.[52]

En resumen, para Kelsen el enunciado en el que se asevera que cierta norma jurídica es una norma vigente se verifica constatando que la norma en cuestión es válida. Respecto de la Constitución esto significa que presuponemos una norma fundamental conforme a la cual podemos considerar que quienes la han establecido están autorizados para hacerlo y, por tanto, que la Constitución es una norma jurídica válida. Respecto de cualquiera de las restantes normas que integran un orden jurídico significa que ha sido establecida conforme a lo dispuesto en otra norma anterior ya válida, lo que quiere decir que es posible subsumir lógicamente a las personas que la han impuesto dentro de la clase de personas autorizadas en la norma anterior, así como lo que han ordenado dentro de las previsiones más generales contenidas en la misma.

Esta forma de resolver la cuestión relativa a la verdad de los enunciados sobre la existencia de las normas jurídicas, característica de un normativismo positivista, no es sostenible. Y no lo es por la misma razón general por la que tampoco lo era la propuesta por el realismo, también positivista, de Ross: porque se trata de una construcción teórica que no permite una comprensión coherente y completa de la práctica jurídica real en toda su complejidad. Bastantes manifestaciones o aspectos de dicha práctica resultan incomprendidos u oscurecidos, o bien han de ser objeto de una interpretación forzada para que encajen en tal explicación teórica. La teoría de Kelsen sería aceptable si fuera verdad que el derecho es capaz de autorregular de forma precisa, exhaustiva y plenamente eficaz la cuestión de la vigencia de sus normas. Esto significaría que los criterios de validez establecidos

[52] Cfr. *ATN*, cit., 207-215.

por las propias normas jurídicas podrían ser suficientes, suficientemente precisos y efectivos en tal grado que el problema a propósito de si una presunta norma cuenta, o no, como norma vigente de un orden jurídico se resolvería sin excepciones comprobando si se adecua, o no, a tales criterios de validez, y de tal modo que la comprobación no exigiría más que una operación lógica de subsunción. Si fuera así, podría decirse que, desde el punto de vista del tema que nos ocupa, el orden jurídico constituye un sistema normativo netamente separado del resto del orden social, ya que la determinación de los elementos que lo componen no requeriría en ningún caso acudir fuera de las propias prescripciones jurídicas interpretadas conforme a criterios rigurosamente intrasistemáticos. Sin embargo, la observación de las sociedades que conocemos nos muestra que la práctica jurídica real no se ajusta a tal modelo teórico. Es cierto que constituye una característica esencial del derecho, como se dijo más arriba, el establecer criterios revestidos de autoridad para identificar las normas que han de considerarse como vigentes y, por tanto, como vinculantes. Pero estos criterios no son suficientes, o no son suficientemente precisos, o bien no son siempre efectivos. Por eso, en ocasiones, para dilucidar si una presunta norma es una norma jurídica vigente es preciso ponderar su contenido en un proceso argumentativo en el que juegan un papel decisivo aquellas valoraciones político-morales vigentes en el grupo y que subyacen al propio orden jurídico, con lo que la estricta separación de éste respecto de la moral social queda en entredicho. En otros casos para resolver el problema se hace necesario probar el hecho social de que la norma en cuestión es aceptada como tal por sus destinatarios, bien porque el criterio de validez disponible implica la referencia a tal hecho, o porque los criterios normativos de validez no son seguidos en la práctica, o, sencillamente, porque no existe ningún criterio de validez.

Un ejemplo de esto último, de gran trascendencia, lo proporciona el problema que se plantea, en el contexto de la teoría de Kelsen, a propósito de la Constitución (la primera Constitución histórica positiva, como él precisa en alguna ocasión). Parece claro que, por tratarse de una norma última, ya que dentro del orden jurídico no existe por definición ninguna otra norma jurídica anterior que establezca criterios que permitan identificarla, la Constitución no puede ser válida, ni no válida; la cuestión en torno a su vigencia, o no vigencia, no puede resolverse apelando a su validez, o invalidez. Sin embargo, como sabemos, Kelsen insiste en que debemos considerarla válida por referencia a una norma fundamental meramente supuesta. Ésta es una doctrina

inaceptable. Como se ha puesto de relieve repetidamente, y el propio Kelsen no lo niega, la norma fundamental supuesta no proporciona criterio alguno para identificar la Constitución, ni respecto de las personas que pueden establecerla y el procedimiento que deben seguir, ni respecto de su contenido. En verdad es necesario constatar primero la existencia de una Constitución que funciona efectivamente como tal, para que podamos suponer después una norma fundamental relativa a la misma. La norma fundamental en el pensamiento de Kelsen es el presupuesto necesario, no para identificar la Constitución como existente o vigente, sino para poder considerarla como verdadera norma jurídica vinculante, para fundamentarla como tal norma vinculante. Ahora bien, no es necesario compartir la idea kelseniana de que reconocer o afirmar una norma como vigente y, por tanto, vinculante, exija en todo caso fundamentarla o justificarla. Tal idea resulta completamente implausible sobre todo cuando quien sostiene la aseveración de que cierta norma jurídica es una norma vigente es un observador imparcial que, como el científico del derecho, pretende informar de las normas que componen un orden jurídico sin aceptarlas ni rechazarlas personalmente.[53]

---

[53] Como se apuntó en la nota 15, para Nino la razón más convincente para sostener que la noción de vigencia (validez) de Kelsen no es descriptiva, sino normativa, y que, por tanto, en el contexto de su teoría, los enunciados sobre la vigencia de las normas son prescripciones, se encuentra en su doctrina sobre la norma fundamental como presupuesto necesario para formular tales enunciados. Presuponer la norma fundamental significa afirmar que toda constitución efectiva debe ser reconocida como una norma válida (y por ello vigente) y que debe ser obedecida, y que todas las normas que se creen regularmente a partir de la constitución deben ser también reconocidas como válidas (vigentes) y deben ser obedecidas. Que su teoría de la vigencia de las normas se apoye sobre la suposición de dicha norma fundamental significa, según Nino, que para Kelsen no existe otra normatividad que la normatividad *justificada* (Nino toma esta expresión, si no me equivoco, de J. Raz. Cfr., entre otros trabajos de Raz, «Kelsen's Theory of the Basic Norm», en *Am. Journal of Jurisprudence*, 19, 1974, 94-111), es decir, normas que deben ser obedecidas; de tal manera que para él sería autocontradictorio afirmar que existe una norma pero que no debe ser obedecida.

Ciertamente no puede rechazarse esta interpretación de Nino como carente de todo fundamento. Sin embargo, creo que es necesario matizar alguna de las conclusiones que pretende extraer de la doctrina kelseniana sobre la norma fundamental (matizaciones que también son pertinentes a propósito de las conclusiones a que llega Ross). *En primer lugar*, es cierto que, según lo que antecede, para Kelsen toda norma que existe se considera fundamentada o justificada; pero no lo es que, cuando se trata de una norma jurídica, haya que considerarla como *moralmente* justificada. Kelsen es perfectamente congruente con su doctrina sobre la fundamentación cuando sostiene que

Si se acepta la pertinencia de esta observación, resulta meridianamente claro que no tiene sentido calificar a la Constitución como válida, o no válida, es decir, que la afirmación de que existe como norma vigente sólo puede verificarse comprobando que de hecho es aceptada y usada como tal por sus destinatarios.

3. Matizaciones de Hart a la posición kelseniana

En este sentido se orienta la teoría sobre el orden jurídico de Hart, que en este punto supone una rectificación importante de la kelseniana. Desde un punto de vista funcional la regla de reconocimiento de que habla Hart se puede asimilar, al menos en parte, a la Constitución de Kelsen. Dicha regla funciona

---

el deber ser en que consiste una norma jurídica positiva no tiene significación moral, aunque desde luego no resulta nada clara su explicación de que se trata de una mera categoría lógica (cfr. a este propósito mi trabajo «Obligatoriedad del derecho y deber jurídico en el positivismo contemporáneo: el pensamiento de H. Kelsen», en *Anuario de Filosofía del Derecho*, vol. XX, 1 y sigs.).

En segundo lugar, es verdad que el en contexto del pensamiento de Kelsen sería autocontradictorio afirmar al mismo tiempo que una norma es vigente y que no debe ser obedecida. Sin embargo, desde el momento que acepta la posibilidad de la existencia simultánea de normas morales y normas jurídicas contradictorias, puede decirse que acepta que la afirmación de la existencia de una norma jurídica es compatible con la afirmación de que no debe ser obedecida desde el punto de vista de quien reconoce la existencia de una norma moral contradictoria con ella. Por tanto, el deber que aparece implicado en la afirmación de que cierta norma es una norma vigente no es un deber absoluto. Desde luego lo que parece incompatible con el concepto kelseniano de norma es que se puede afirmar al mismo tiempo que una norma es vigente y que nadie tiene el deber de atenerse a la misma. Si alguien afirma que cierta norma jurídica es vigente en una sociedad determinada, esto quiere decir que sus destinatarios tienen el deber de cumplirla. Pero es posible que la misma persona pueda decir con fundamento que simultáneamente existe otra norma que contradice a la primera. En este caso habrá que constatar que se da un conflicto de deberes. Y, de acuerdo con los últimos escritos de Kelsen, si la persona a que nos referimos es un científico (un informador carente de autoridad), no podrá, actuando como tal, resolver el conflicto.

Finalmente, la interpretación de Nino plantea el problema de si la reiterada afirmación de Kelsen según la cual los enunciados de la ciencia jurídica sobre las normas vigentes, aunque revistan la forma de enunciados sobre lo que se debe hacer, son meramente descriptivos o informativos, es conciliable con la idea, implícita en la doctrina kelseniana sobre la norma fundamental, de que cuando se afirma que ciertas normas existen se presupone que éstas se consideran fundamentadas o justificadas. Para intentar elucidarlo conviene, ante todo, llamar la atención sobre la pertinencia del problema de la fundamentación o justificación. Si aceptamos que las normas, a diferencia de las meras órdenes respaldadas por la fuerza, dan lugar a deberes u obligaciones, entonces cuando se afirma la existencia de una norma es pertinente preguntarse por su justificación.

como la base del sistema jurídico en cuanto que establece y ordena jerárquicamente los criterios últimos o independientes de validez (las «fuentes del derecho» últimas o independientes) que deben ser utilizados para identificar las restantes normas del sistema. La existencia de éstas se comprueba verificando que son válidas, que se acomodan a los criterios de validez establecidos en la regla de reconocimiento, o en otra regla ya válida. Pero de la propia regla de reconocimiento, en cuanto regla última, ya no tiene sentido predicar que sea válida, o no válida. La existencia de la misma es una cuestión de hecho, el enunciado en que se

---

Quienes aceptan y usan las normas como referencia intersubjetiva para atribuirse y exigirse recíprocamente «deberes» y «obligaciones», «competencias», «derechos», etc., deben, llegado el caso, dar razón de esa forma de conducirse. Es decir, deben estar dispuestos a fundamentar su afirmación de que existe una norma y de que este hecho constituye base suficiente para reclamarse recíprocamente «deberes», «derechos», etc. La existencia de normas implica, por tanto, algún tipo de justificación de las mismas por parte de quienes las aceptan y usan como tales.

Por otro lado, todo el que, como el científico del derecho, pretende dar cuenta de las normas vigentes como tales normas, y no como meros hábitos o regularidades de comportamiento, debe situarse en la perspectiva de quienes aceptan y usan dichas normas. Desde esa perspectiva el modo apropiado de informar de que cierta norma está vigente en una sociedad es mediante un enunciado en el que se afirme que en esa sociedad dicha norma es vinculante, es decir, que en ella se debe hacer lo establecido en la norma. Este tipo de enunciados, aunque en ellos se utilicen términos deónticos, son meramente descriptivos o informativos. Ahora bien, para llevar a cabo esta tarea el científico del derecho no tiene que suscribir personalmente ningún tipo de fundamentación o justificación de las normas vigentes que él pretende simplemente conocer y describir. Sin embargo, sí necesita situarse como hipótesis de trabajo en la posición o actitud de quienes aceptan y usan las normas, es decir, necesita partir del supuesto de que se trata de verdaderas normas que se consideran fundamentadas o justificadas de algún modo. Creo que la doctrina de Kelsen sobre la norma fundamental como presupuesto que puede ser aceptado o rechazado, pero del que ha de partir todo el que pretende hablar de normas como tales normas, singularmente el científico del derecho que aspira a conocer y dar cuenta de las normas vigentes en un medio social, puede interpretarse en los términos de la explicación que antecede. Sin embargo, el que para Kelsen la adopción de aquel supuesto metodológico signifique la adopción de una *norma* pone de manifiesto, cuando menos, que no dispuso del aparato conceptual ni de la teoría lingüística adecuados para dar cuenta de la posición peculiar de quien pretende conocer las normas vigentes en un grupo e informar sobre las mismas. Por ello es posible hablar de una cierta falta de coherencia en este aspecto de su teoría. En todo caso creo que se puede mantener la intención fundamental de su doctrina sobre los enunciados característicos de la ciencia jurídica insertándola en el marco de la teoría, sugerida por MacCormick y aceptada por Hart, del «punto de vista hermenéutico» como el punto de vista en que debe situarse el cultivador de la ciencia jurídica. Cfr. más arriba, págs. 32 y sigs.

asevera su existencia se verifica comprobando que de hecho es aceptada y usada como regla vinculante por sus destinatarios, especialmente por los tribunales.[54] Aunque la doctrina sobre la regla de reconocimiento presenta puntos oscuros que han suscitado numerosos debates y discusiones, y que distan de haber sido aclarados de forma plenamente satisfactoria,[55] parece claro que permite una representación teórica del orden jurídico más aceptable que la kelseniana de la Constitución cuya validez derivaría de una norma fundamental supuesta. Supone un importante correctivo del normativismo riguroso a propósito del tema que nos ocupa, o, si se quiere, una importante concesión al realismo, aunque no se trate exactamente del realismo de A. Ross.

Ahora bien, prescindiendo de este punto sin duda alguna muy importante, la teoría de Hart es, por lo demás, muy similar a la de Kelsen. Conforme a ella, precisamente porque en la base de todo orden jurídico desarrollado funciona una regla de reconocimiento, la comprobación de la verdad de los enunciados sobre la existencia de las restantes normas ya no exige constatar que éstas son aceptadas como tales por sus destinatarios, sino simplemente que son válidas, que se acomodan a los criterios de validez. Por otro lado, Hart es menos explícito que Kelsen respecto del carácter o naturaleza de tales criterios de validez y del tipo de operación implicada en la comprobación de que una pretendida norma jurídica se adecua a los mismos. Generalmente se refiere a criterios relativos a la forma como son establecidas o como se manifiestan las normas jurídicas, y se expresa como si la comprobación aludida consistiera simplemente en la percepción de ciertos caracteres externos de las normas.

Sin embargo, en algunas ocasiones, casi siempre al contestar a observaciones críticas, admite que los criterios de validez pueden hacer referencia al contenido de las normas. La regla de reconocimiento de un orden jurídico determinado podría incluir como criterios de validez ciertos principios morales, formulados bien de forma relativamente precisa, bien de forma genérica (por ejemplo, como exigencia de conformidad con la moralidad, o con la justicia) de manera que las normas subordinadas no se considerarían válidas si no se acomodan a tales principios. Hart matiza en algún momento que la inclusión en la regla de reconocimiento de la exigencia de conformidad de las normas subordinadas

---

[54] Cfr., entre otros lugares, *The Concept of Law*, cit., 103-107; 245, nota a pág. 97.

[55] Vid. el reciente libro de J. A. Ramos Pascua, *La regla de reconocimiento en la teoría jurídica de H. L. A. Hart*, Madrid, Tecnos, 1989, 181 y sigs.

con la moralidad o justicia, aunque lógicamente posible, introduciría una gran indeterminación en los criterios de validez del orden jurídico. Se cuida, además de puntualizar que la relevancia de la conformidad con ciertos principios morales para dilucidar si algunas normas pertenecen a un orden jurídico es puramente contingente: no se debe al valor per se de tales principios, a que sean correctos o aceptables, sino tan sólo al hecho, que puede darse o no, de haber sido incluidos entre los criterios de validez que establece la regla de reconocimiento de ese orden jurídico.[56]

Sin duda, no debe restarse importancia a los rasgos del pensamiento de Hart a que nos hemos referido, que lo diferencian del de Kelsen (por un lado, la admisión de que, aunque se trate de algo contingente, en algunos órdenes jurídicos la conformidad con ciertos principios morales puede incluirse como parte de los criterios o requisitos a que han de ajustarse las normas para ser consideradas como normas válidas; por otro, y sobre todo, el reconocimiento de que la regla básica del sistema jurídico no puede ser calificada como válida, o no válida, lo que quiere decir que la verificación del enunciado en que se afirma su existencia requiere constatar el hecho de que es aceptada por sus destinatarios como tal regla vinculante). Sin embargo, desde el punto de vista del tema que nos ocupa, son más relevantes las semejanzas entre ambos. En este sentido conviene insistir en que Hart concibe el orden jurídico como un sistema en el que, a partir de una regla de reconocimiento, es posible identificar todas las restantes normas que lo integran comprobando que son válidas, es decir, que se adecuan a ciertos criterios de validez que pueden referirse exclusivamente a la procedencia y/o a la forma de manifestarse las normas. Es una posición más matizada, más moderada, que la kelseniana, pero que en lo sustancial sigue manteniendo los rasgos característicos de un normativismo positivista. Por ello puede dirigirse contra ella la crítica general que páginas más arriba formulábamos a propósito de la teoría de Kelsen: que se trata de una teoría que no permite una comprensión adecuada y una explicación coherente de diversos aspectos o manifestaciones de la práctica jurídica real. Precisamente algunos de los reparos de mayor envergadura formulados contra la construcción

---

[56] Cfr. *The Concept of Law*, cit., 97-98, 199, 205. «Lon L. Fuller 'The Morality of Law'», en *Harvard Law Review*, 78, 1965, pág. 361 de *Essays in Jurisprudence and Philosophy*, Oxford, Clarendon Press, 1983, donde es reproducido y por donde citamos. «El nuevo desafío al positivismo jurídico», en *Sistema*, 36, 1980, 7-8, 14.

teórica de Hart se orientan en este sentido. Insisten en que un análisis cuidadoso de la práctica jurídica desmiente la tesis de Hart conforme a la cual es posible, a partir de la regla de reconocimiento, identificar como existentes a todas las demás normas probando que son válidas porque cumplen ciertos requisitos exclusivamente relativos a su procedencia y/ o su forma de manifestarse. Tal análisis muestra, por el contrario, que, en, ocasiones, no sólo a propósito de la regla de reconocimiento sino también a propósito de otras normas, probar la verdad del enunciado en que se afirma que son normas vigentes dentro de un determinado orden jurídico requiere constatar que de hecho son aceptadas por sus destinatarios; en otras ocasiones, tal prueba implica valorar el contenido de las normas mostrando su coherencia con determinados principios políticos-morales.

4. *Manifestaciones de la práctica jurídica que no explica el normativismo positivista; la teoría de Dworkin sobre los principios del derecho vigente*

No es posible examinar aquí con detalle todas las manifestaciones de la práctica jurídica que se aducen como prueba contra la teoría del normativismo positivista que hemos expuesto, relativa al reconocimiento de las normas integrantes de un orden jurídico como normas válidas. Por eso me limitaré a aludir brevemente a los ejemplos más relevantes procurando agruparlos y presentarlos en una secuencia ordenada.

A) Un primer ejemplo es el que se nos ofrece en aquellas situaciones en las que se constata que los criterios de validez establecidos en la regla de reconocimiento, o en alguna otra norma, no son efectivos, no son seguidos en la práctica. En tales situaciones nos encontramos ante un conflicto entre la validez y la efectividad de ciertas normas jurídicas.

Una forma de tal conflicto se presenta cuando una norma válidamente establecida se revela inefectiva en el sentido de que a lo largo de un período de tiempo suficientemente prolongado no es obedecida por los ciudadanos ni aplicada por los jueces. Se plantea entonces la cuestión de si puede ser considerada como existente o vigente. Se trata del problema de la *desuetudo*, de si el desuso continuado cancela la vigencia que inicialmente se podía predicar de una norma válidamente establecida.

Hart sólo toca el tema de pasada. Afirma que no hay conexión necesaria entre la validez de una norma y su efectividad, entendida como el hecho de que es más frecuentemente obedecida

que desobedecida, salvo que la propia regla de reconocimiento, como en ocasiones ocurre, incluya entre los criterios de validez la previsión de que las normas no deben considerarse válidas si hace mucho que han dejado de ser efectivas.[57] Parece inferirse que, a no ser que se dé esa previsión explícita por parte de la regla de reconocimiento, una norma establecida conforme a los criterios de validez debe de considerarse como existente aunque se haya mostrado completamente inefectiva a lo largo del tiempo. Sin embargo, esta conclusión respecto de la postura Hart parece que debiera matizarse a la luz de la siguiente consideración acerca del modo como concibe la regla de reconocimiento. Como es sabido, Hart sostiene que, aunque en ocasiones se encuentre formulada explícitamente al menos en parte, el verdadero tenor de la regla de reconocimiento, es decir, el verdadero alcance de los criterios de validez que estatuye sólo se hace patente en la práctica de los tribunales al identificar las normas que aplican.[58] Si esto es así, una norma inefectiva en el sentido aquí establecido, que no sólo no es obedecida por los ciudadanos sino que tampoco es aplicada por los jueces, habría que considerarla como inexistente porque no sería válida según los propios criterios de la regla de reconocimiento. La conclusión sería en este caso que la previsión acerca de la *desuetudo*, como inaplicación continuada de una norma por parte de los tribunales, en cuanto causa de invalidez formaría parte necesaria de la regla de reconocimiento.

Por su parte, Kelsen es más explícito. Admite claramente, al menos a partir de un determinado momento, que la *desuetudo* cancela la existencia de normas inicialmente válidas.[59] De aquí resultaría que en este tipo de conflictos entre la validez y la efectividad de las normas jurídicas, esta última primaría sobre la validez. Sin embargo, Kelsen disuelve el conflicto conforme a la lógica del normativismo mediante el expediente teórico de sostener que no sólo el orden jurídico en su conjunto sino también cualquier norma concreta pierde su validez si duraderamente deja de ser efectiva, porque la efectividad es una condición de la validez.[60]

---

[57] Cfr. *The Concept of Law*, cit., 100, 107, 247.

[58] Cfr., entre otros lugares, *The Concept of Law*, cit., 98-99, 105, 119, 148-150.

[59] Lo admite ya, aunque con alguna vacilación, en 1945. Cfr. *TGDE*, cit., 140-141 y 144. En obras posteriores ya sin ninguna vacilación, cfr. RR_2, cit., 220. *ATN*, cit., 113.

[60] Desde las primeras obras en las que fue adquiriendo forma definitiva su teoría del derecho Kelsen mantuvo que la efectividad del orden jurídico como

Otra forma de presentarse el conflicto que nos ocupa es aquella que se da cuando una norma inicialmente inválida, porque ha sido establecida por personas no competentes según las previsiones de una norma anterior o con un contenido que contradice al de ésta, consigue sin embargo efectividad duradera. También en este caso hemos de preguntarnos si la norma en cuestión debe ser considerada como vigente, o no. Hart, que yo sepa, no contempla explícitamente este supuesto. Podría pensarse que su posición tendría que ser la de declarar que una norma que no se adecua a los criterios de validez establecidos no puede considerarse como existente. Sin embargo, dado el modo como concibe la regla de reconocimiento, cabe de nuevo una interpretación alternativa: puesto que la efectividad implica aplicación regular por los tribunales, si éstos aplican de forma regular una modificación en la propia regla de reconocimiento de acuerdo con la cual aquella norma debe considerarse válida.

Kelsen, a su vez, viene a reconocer que toda norma que consigue efectividad debe ser considerada como existente. Sin embargo, también en este caso elabora una doctrina tendente a mantener la lógica del normativismo, mostrando que una norma efectiva no puede estimarse inválida. A primera vista puede parecérnoslo porque, a nuestro entender, contradice lo preceptuado en una norma anterior. Pero en el mundo del derecho tal

---

totalidad constituye una condición necesaria para que pueda ser considerado como un orden jurídico vigente. Sólo de este modo se asegura que un orden jurídico vigente es siempre un orden positivo. Por eso la constatación de esa efectividad general del orden jurídico es condición necesaria para presuponer la norma fundamental hipotética, a partir de la cual puede ya determinarse la validez (y por tanto la vigencia) de todas y cada una de las normas que lo componen. Cfr. *Das Problem der Souveranität und die Theorie des Volkörrechts*, 94 y sigs. (cito por la reproducción por Scientia Verlag, en 1960, de la 2.ª edic. de 1928, que a su vez reproduce sin modificaciones la 1.ª edic. de 1920). *Teoría General del Estado*, 23-24 (cito por la trad. de L. Legaz, Edit. Labor, 1934, de la *Allgemeine Staatslehre*, de 1925). *RR*$_1$, cit., 67-72. Sin embargo, por lo que se refiere a cada una de las normas en particular, Kelsen sostuvo inicialmente que se pueden considerar vigentes si son válidas, es decir, si han sido establecidas de acuerdo con una norma anterior vigente, sin considerar como requisito necesario de tal validez la efectividad de la norma en cuestión. Sólo tardíamente (cfr. nota anterior) desarrolló la doctrina según la cual una norma inicialmente vigente, por haber sido válidamente establecida, deja de serlo si deviene inefectiva. Por último, la efectividad de cada norma la eleva a condición o requisito de su propia validez, de forma que es la propia norma fundamental la que establece que sólo pueden considerarse válidas aquellas normas que, establecidas de conformidad con lo preceptuado en otra norma anterior, no pierdan su efectividad. Cfr. «Eine 'Reakistische' und...» (1959), cit., 10. *RR*$_2$, cit., 212, 219.

contradicción no existe porque así lo parezca a alguien, sino sólo cuando así lo establece el órgano competente según el propio derecho. Si dicho órgano declara la contradicción y anula la norma, ésta deja de existir. Pero si la norma permanece efectiva, porque no es anulada o porque no se ha previsto un órgano competente para anularla, entonces esa norma tiene que ser considerada como una norma válida. Para ello sólo es necesario interpretar la norma anterior, con la que ha de corresponderse, del único modo correcto en este supuesto. Los preceptos de ésta relativos a la creación de normas inferiores hay que entenderlos en forma de una alternativa: tales normas pueden ser establecidas, bien como explícitamente se prescribe, bien como ha sido establecida la norma efectiva. De este modo, ésta debe ser considerada como una norma válida y el conflicto entre validez y efectividad se revela como un conflicto tan sólo aparente.[61]

De las consideraciones precedentes creo que puede concluirse que normas inicialmente válidas no pueden considerarse vigentes, si devienen duraderamente inefectivas, y que normas no válidas, si llegan a ser efectivas, han de considerarse vigentes. Esto significa que el enunciado conforme al cual, con la sola excepción de la norma básica del sistema, afirmar que una norma es válida quiere decir que es vigente sólo es verdadero *prima facie*, pues en los supuestos conflictivos en que los criterios de validez no son seguidos en la práctica, verificar la afirmación de que cierta norma es una norma vigente requiere constatar el hecho de que es aceptada como tal por sus destinatarios. Se impone, por tanto, la necesidad de reconocer que la capacidad del derecho para autorregular a través de una serie de criterios de validez la constatación de las normas que han de considerarse vigentes es una capacidad limitada.

Tanto la interpretación de la doctrina de Hart sobre la regla de reconocimiento como una regla que, al manifestarse en la práctica de los tribunales, puede considerarse en permanente evolución, permitiendo así considerar como válida a toda norma efectiva, como la doctrina de Kelsen, según la cual la efectividad es entendida como una condición para la validez y toda norma efectiva debe ser considerada válida conforme a una anterior debidamente interpretada, constituyen expedientes teóricos para justificar la tendencia de los juristas a representarse el orden jurídico de forma que sea posible reconstruir siempre de nuevo su coherencia interna. Pero no pueden usarse para ocultar que en ciertas ocasiones, y no sólo a propósito de la norma básica, probar

[61] Cfr. RR_2, cit., 212-215, 271-280.

la afirmación de que una norma es vigente requiere constatar el hecho de que es aceptada, aunque ello contradiga los criterios de validez establecidos. Lo contrario significaría desarrollar un discurso normativo interno a un orden jurídico determinado, como en muchos casos hacen los cultivadores de la dogmática jurídica, pero no una teoría que pretenda dar cuenta de la realidad del derecho tal como la ve un observador imparcial.

B) El derecho consuetudinario nos ofrece otro ejemplo en que la práctica jurídica muestra que, no sólo a propósito de la regla de reconocimiento sino también de otras normas, la prueba de que se trata de normas vigentes requiere constatar el hecho social de su aceptación.

En ocasiones verificar la afirmación de que ciertas costumbres cuentan como parte de un orden jurídico vigente conduce al problema a que nos hemos referido en las páginas precedentes: el del conflicto entre la validez y la efectividad de las normas jurídicas. Tal ocurre cuando conforme a los criterios de validez establecidos no se reconoce a la costumbre como «fuente del derecho», pese a lo cual ciertas costumbres funcionan efectivamente como pautas jurídicas y los tribunales las aplican llegado el caso. Kelsen se hace cargo de esta cuestión: si la Constitución no reconoce a la costumbre, además de la legislación, como hecho creador de normas jurídicas, pero los ciudadanos se atienen a costumbres y los tribunales las aplican regularmente para resolver conflictos, entonces hay que admitir que ciertas costumbres constituyen verdaderas normas jurídicas. Sin embargo, Kelsen no reconoce que en este caso nos encontramos ante normas cuya existencia como tales se basa en el hecho de su aceptación social aunque no se acomoden a los criterios de validez establecidos, sino que de nuevo, fiel a su posición normativista, sostiene que tales normas deben ser consideradas como normas válidas. La explicación que ofrece en este sentido es la ya aludida páginas más arriba: basta con interpretar adecuadamente, en forma de una alternativa, la norma anterior de manera que sea posible considerar que en ella la costumbre es reconocida como hecho creador de normas jurídicas; sólo que en este caso la reinterpretación que es necesario llevar a cabo de la Constitución implica una reformulación de la propia norma fundamental supuesta.[62] Este problema no se plantea como tal para Hart. Dado el modo como concibe la regla de reconocimiento, si se constata que los tribunales aplican regularmente ciertas costumbres, eso quiere decir que la regla de reconocimiento contiene un criterio de validez

[62] Cfr. RR_2, cit., 229, 232-233, 238.

conforme al cual esas costumbres han de considerarse como normas jurídicas válidas.

Ahora bien, ¿cuál podría ser la formulación de tal criterio de validez? La pregunta plantea una cuestión interesante, pues nos obliga a reconocer que el criterio de validez utilizable no puede ser lo suficientemente preciso como para evitar la necesidad de constatar el hecho social de la aceptación de ciertas costumbres como prueba de la afirmación de que las mismas forman parte de un determinado orden jurídico. Supongamos, en efecto, que la Constitución, en la teoría de Kelsen, o la regla de reconocimiento, en la de Hart, contienen un criterio de validez según el cual ciertas costumbres deben ser reconocidas como normas integrantes de un determinado orden jurídico. ¿A qué rasgos o características cabe hacer referencia para identificar tales costumbres? Desde luego es posible señalar algunos, como por ejemplo, que se trate de prácticas consuetudinarias más o menos antiguas. Pero ésta y otras características similares son insuficientes para distinguir las costumbres jurídicas de otras costumbres que también posean tales caracteres externos. Si se quiere diferenciar las costumbres jurídicas de los meros hábitos sociales, parece necesario que el criterio de validez debe incorporar una indicación en el sentido de que sólo se considerarán como normas jurídicas a aquellas prácticas consuetudinarias que se observan como vinculantes u obligatorias. Pero de este modo tampoco se conseguiría identificar las costumbres jurídicas, pues también existen prácticas morales y no jurídicas. Parece, en definitiva, que el criterio de identificación que puede establecerse habría de tener una formulación parecida a la siguiente: se considerarán como normas jurídica válidas a aquellas prácticas consuetudinarias que, además de poseer tales o cuales rasgos externos, sean aceptadas y usadas en el medio social como pautas jurídicamente vinculantes. Ahora bien, un criterio de validez de un tenor tan poco preciso no parece que pueda cumplir la función para la que tendría que servir según la doctrina normativista: a saber, la de permitir identificar las normas que integran un orden jurídico sin necesidad de acudir, fuera de las propias prescripciones jurídicas, a valoraciones morales o, como ocurre en este caso, a la constatación del hecho de que las normas son aceptadas como tales por quienes han de obedecerlas o aplicarlas.[63]

---

[63] En este sentido cfr., entre otros, R. Dworkin, *Taking Rights Seriously*, London, Duckworth, 3.ª impresión, 1981, 41-43. R. S. Summers, «Toward a better general theory of legal validity», en *Rechstheorie*, 16. Bd. (1985), 75.

C) Finalmente hay ocasiones en que para determinar si ciertas pautas o normas pueden ser consideradas como parte de un orden jurídico vigente es preciso desarrollar una argumentación en la que se valora su contenido y en la que juegan un papel decisivo ciertas pautas político-morales vigentes en el medio social.

Tal ocurre, por ejemplo, en nuestro país a propósito de la costumbre, ya que el propio criterio de validez aplicable (CC. art. 1.º 3) establece que sólo regirán aquellas costumbres que no sean contrarias a la moral.

También puede darse esta situación a propósito del derecho legislado. Bastantes constituciones contemporáneas, entre ellas la española, contienen no sólo reglas competenciales y procedimentales, sino también preceptos sustantivos que establecen una serie de principios y derechos fundamentales. Para considerar una ley como válida y, por tanto, vigente, es necesario probar su concordancia con tales preceptos constitucionales. Ahora bien, algunos están redactados en forma tan genérica o abstracta que la prueba requerida exige desarrollar un proceso argumentativo en el que entran en juego valoraciones político-morales vigentes en el medio social, pues sólo apoyándose en ellas es posible atribuir un significado preciso a aquellos preceptos; un examen de algunos de los fallos de nuestro Tribunal Constitucional probaría cumplidamente lo que aquí se afirma.

En el derecho anglosajón cabe aludir a las normas basadas en los precedentes judiciales. Es cierto que existe una serie de criterios para decidir cuándo la norma o regla contenida en un fallo judicial precedente es vinculante para otros jueces. Sin embargo, tales criterios no son lo suficientemente precisos, claros e indiscutidos como para permitir la identificación de todas y cada una de las normas o reglas de ese tipo que forman parte del orden jurídico, constatando simplemente ciertos rasgos externos o formales de las mismas, sin entrar para nada en una valoración de su contenido. La práctica cotidiana muestra, por el contrario, que en muchos casos la valoración del contenido de la presunta norma es determinante a efectos de considerarla como una norma vigente, es decir, vinculante. Dada la vaguedad en bastantes aspectos del criterio de validez utilizable y la naturaleza de las normas basadas en decisiones judiciales precedentes, las consideraciones de los jueces sobre si la aplicación de una presunta norma daría lugar a soluciones convenientes o inconvenientes, equitativas o inicuas, moralmente aceptables o inaceptables, resultan normalmente decisivas en orden a reconocer a la norma

en cuestión como parte del derecho vigente que los propios jueces están obligados a aplicar.[64]

Alguien podría argüir, en el sentido de la doctrina de Hart resumida páginas más arriba, que los ejemplos aludidos prueban únicamente el valor contingente que corresponde a las pautas y valoraciones morales en el proceso de determinación de la vigencia de las normas jurídicas. Dichas pautas y valoraciones tienen relevancia a la hora de decidir sobre la vigencia de las normas jurídicas sólo porque la propia regla de reconocimiento de los órdenes jurídicos a que se refieren los ejemplos les otorga tal relevancia. Pero éste es un hecho contingente, característico tan sólo de algunos órdenes jurídicos, que no puede servir de base para ninguna afirmación de carácter general sobre el papel de las valoraciones morales en la determinación de las normas que integran un orden jurídico vigente. Sin entrar a discutir si este tipo de defensa del normativismo positivista es aceptable respecto de los ejemplos a que me he referido, creo que resulta muy difícil de admitir cuando se utiliza en relación con los principios jurídicos como parte del derecho vigente y del papel que desempeñan las valoraciones de carácter moral en la identificación o individualización de los mismos. Como es sabido, éste es el flanco principal por el que se ha orientado la crítica de R. Dworkin a la teoría de Hart, a su idea de que se da una separación estricta entre orden jurídico y orden moral. No es posible, ni pertinente, exponer aquí con la extensión requerida la crítica del teórico norteamericano. Por ello me limitaré a esbozar el esquema de su argumentación en relación con el punto que nos ocupa.

La argumentación de Dworkin se inicia poniendo de relieve el importante papel que corresponde a los principios en la vida jurídica. Y aunque para ello se sirve de un análisis de la actividad jurisprudencial en los países anglosajones, principalmente en los Estados Unidos, hace constatar, sin embargo, que en la mayor parte de los órdenes jurídicos modernos, desarrollados, los principios permiten a los jueces cumplir su función de forma sustancialmente análoga a como la llevan a cabo los tribunales norteamericanos. Al resolver los conflictos y decidir sobre los derechos y obligaciones de las partes los jueces no utilizan únicamente reglas -leyes, normas basadas en precedentes, costumbres...-, sino también principios. El papel de éstos se muestra

---

[64] En este sentido cfr., entre otros, A. W. B. Simpson, «The Common Law and Legal Theory», en *Oxford Essays in Jurisprudence*, 2.ª serie, Oxford, Clarendon Press, 1973, 86-88, 99. R. S. Summers, «Toward a better...», cit., 74-75.

sobre todo en aquellos casos que no tienen una solución fácil, porque no se cuenta con una regla válida que indudablemente les sea aplicable. En tales situaciones los principios se utilizan, ante todo, en la interpretación de las reglas para determinar su aplicabilidad o no aplicabilidad al caso planteado. La utilización de los cánones interpretativos para decidir, conforme a un entendimiento extensivo, que la regla es aplicable o, por el contrario, que lo correcto es la no aplicación, según una lectura restrictiva, implica el manejo de una serie de principios, tanto de principios relativos a la concreta institución en que se enmarca la regla como de principios constitucionales que permitan explicar y justificar el mayor o menor alcance que se atribuye al tipo de regla o «fuente de derecho» cuya aplicabilidad se discute. En otras ocasiones la solución del conflicto planteado sólo puede alcanzarse a través de la utilización directa de un conjunto de principios, de entre los cuales el juez tendrá que decidir, a la vista de las características del caso, cuál, o cuáles, poseen más «peso» en la formulación de la solución. Los principios, en suma, cumplen una función importante en la práctica jurídica, bien como instrumentos para determinar la aplicabilidad, o no aplicabilidad, de las reglas y, por tanto, su verdadero y concreto significado normativo, bien como pautas de las que directamente se desprende la solución de algunos conflictos.

Pese a que Dworkin aborda explícitamente la tarea de establecer una diferenciación lógica (estructural) entre principios y reglas, es poco lo que dice sobre lo que podríamos llamar la «naturaleza» de los principios. En ningún lugar, que yo sepa, ofrece un concepto de los mismos, ni tampoco una clasificación de los diversos tipos de principios actuantes en la práctica del derecho. En lugar de un concepto general ofrece ejemplos de algunos principios utilizados por los tribunales norteamericanos y señala ciertas características que atribuye genéricamente a los principios jurídicos. De entre tales características interesa aquí resaltar una, a la que se refiere al contestar a una observación crítica formulada a su doctrina:[65] los principios jurídicos se pueden caracterizar como principios morales siempre que se entienda bien el sentido con que se utiliza este término. No se quiere decir que los principios sean siempre moralmente buenos o correctos,

[65] Dworkin explicita la idea de que los principios jurídicos son formalmente principios morales, idea ya implícita en sus trabajos anteriores, al contestar a D. A. J. Richards, «Rules, Policies and Neutral Principles: the Search for Legitimacy in Common Law and Constitutional Adjudication», 11, *Georgie Law Review*, (1977), 1096. Cfr. R. Dworkin, *Taking Rights*..., cit., 342-343.

sino que formalmente se asemejan a los principios morales por el papel justificativo que desempeñan. Los principios subyacen a las instituciones y reglas que componen un orden jurídico en cuanto nos permiten comprenderlas y explicarlas. Pero no explicarlas como las explicaría un historiador o un sociólogo, aludiendo sin más a ciertos precedentes o a ciertas fuerzas sociales que presuntamente se encuentran en el origen de las normas. Explicación aquí implica justificación. Puesto que las instituciones y reglas del derecho funcionan como fundamento inmediato para resolver situaciones litigiosas reconociendo derechos e imponiendo obligaciones, los principios a que se acuda para interpretarlas y completarlas han de ser aquellos que nos permitan dar cuenta de las mismas justificándoles, es decir, ofreciendo la mejor justificación posible de la solución del litigio a que dan lugar. En este sentido se puede decir que los principios del derecho son (o funcionan como) principios morales.

Para Dworkin no cabe duda de que los principios deben ser considerados como parte integrante del derecho, del orden jurídico vigente. Ciertamente en algunas ocasiones puede ser discutible si un determinado principio pertenece o no a un orden jurídico, o si es aplicable a un caso o posee respecto del mismo más fuerza o menos que otros principios, hasta el punto de que personas sensatas e informadas pueden sustentar sobre ello opiniones diferentes. Pero esto no constituye razón suficiente para situarlos fuera del derecho como pautas metajurídicas. Dada la importante función que cumplen en la práctica jurídica, no hay razón, salvo que se parta de una delimitación estipulativa de lo jurídico, para negar que los principios forman parte del derecho vigente al que los jueces están vinculados. De hecho las decisiones judiciales que no los aplican, o que aplican a un caso principios no pertinentes, se consideran incorrectas y son criticadas y revocadas.

Ahora bien, si los principios forman parte del derecho, ¿cuáles son los que pueden considerarse como pertenecientes a un determinado orden jurídico? ¿De qué criterio podemos servirnos para decidirlo? Con esta pregunta se formula la cuestión a propósito de la cual se manifiesta de la forma más clara la discrepancia con Hart, ya que Dworkin, al mismo tiempo que sostiene que tal criterio existe, sostiene también que se trata de un criterio que no entra dentro de la clase de los criterios de validez que integran la regla de reconocimiento. En efecto, como se expuso más arriba, Hart considera que, salvo variaciones estrictamente contingentes, esta regla básica contiene únicamente criterios relativos a la procedencia y/o a la forma de las normas, pero no a

su contenido, a su concordancia con pautas de naturaleza política o moral. Por el contrario, la aplicación del criterio a que alude Dworkin para dilucidar qué principios son aplicables como parte del derecho vigente implica en muchas ocasiones un proceso valorativo en el que entran en juego pautas de esa naturaleza.

Dworkin sostiene que cabe considerar como parte de un orden jurídico a todos aquellos principios que son congruentes con las reglas e instituciones que explicita e indudablemente pertenecen al mismo, aquellos que nos permiten explicarlas y justificarlas, aquellos, en suma, que cuentan con suficiente «apoyo institucional». En ocasiones siguiendo este criterio resultará relativamente fácil determinar que ciertos principios forman parte del orden jurídico porque se encuentran formulados con mayor o menor precisión en el texto de las normas constitucionales, o de otras normas, en el preámbulo de disposiciones normativas, en las discusiones parlamentarias previas a la aprobación de una norma, o porque han sido ya aplicadas por los jueces de forma reiterada en la solución de casos previos, etc. Sin embargo, en otras muchas ocasiones no se contará con el apoyo de datos como los que acabamos de mencionar, y la prueba de que cierto principio pertenece al derecho vigente y puede aplicarse en la resolución de un caso puede resultar compleja y difícil. En la práctica la cuestión se planteará cuando nos enfrentemos a un caso difícil para cuya solución se discute si es aplicable esta o la otra regla, o no es aplicable ninguna de las que a primera vista parecen serlo. En esta situación será necesario echar mano de principios, y serán aplicables todos aquellos que sean congruentes con las reglas que se toman en consideración, aquellos que las explican y justifican. Ahora bien, probar que un principio es congruente en el sentido indicado implica un proceso discursivo orientado a mostrar que, a partir del mismo, es posible formular la interpretación más convincente de la regla de que se trate, a la luz de las convicciones políticas y morales vigentes en la sociedad que se considera que están en la base de dicha regla.

Por otro lado, en este tipo de situaciones la discusión sobre la interpretación más correcta de una regla remite normalmente a un contexto más amplio en el que se toman en cuenta otras reglas, conectadas sistemáticamente con la primera y, sobre todo, las disposiciones constitucionales relativas al fundamento y las limitaciones de la «instancia normativa» de la que emana la regla cuyo tenor se discute. Ahora bien, establecer en una situación polémica cuál es el significado preciso de ese conjunto de reglas y disposiciones requiere, a su vez, la utilización de principios

que permitan defender la interpretación que se ofrece como la más correcta desde el trasfondo de tradiciones y convicciones morales de la comunidad que les sirve de fundamento. De manera que la discusión sobre si un determinado principio cuenta como parte del derecho vigente ha de sustanciarse en una argumentación orientada a probar que puede integrarse coherentemente dentro de un conjunto más amplio de principios capaces de ofrecer una explicación de las reglas de dicho derecho y una justificación de las mismas en conexión con las valoraciones morales socialmente vigentes. Expresado en términos generales, y según la formulación del propio Dworkin, el criterio para determinar qué principios forman parte de un orden jurídico vigente puede enunciarse del siguiente modo: un principio pertenece a un orden jurídico si figura en la teoría o concepción del derecho más sólida, o mejor fundada, que pueda formularse como justificación de las reglas sustantivas e institucionales que explícitamente integran dicho orden jurídico. Se trata, como resulta claro, de un criterio de naturaleza distinta a la que es propia de los criterios de validez que, según Hart, integran la regla de reconocimiento. Pues no es un criterio que pueda aplicarse mecánicamente para identificar los principios mediante la mera constatación de hechos, rasgos formales y concordancias lógicas. Por el contrario, su puesta en práctica supone el desarrollo de un proceso argumentativo en el que juegan un papel determinante pautas y valoraciones integrantes de la moral institucional de la comunidad, con lo que la estricta separación entre lo jurídico y lo moral a la hora de determinar qué cuenta como derecho vigente no resulta sostenible.[66]

Se comprende fácilmente que estas ideas de Dworkin, que suponen un fuerte ataque a la concepción del orden jurídico de Hart, hayan suscitado una amplia polémica.[67] Por lo que se refiere al asunto concreto que a nosotros nos ocupa, las reacciones

---

[66] En diversos lugares Dworkin expone el procedimiento que permite determinar si un principio cuenta como parte del derecho vigente que debe aplicar un juez al resolver un caso, y en algunas ocasiones subraya expresamente que tal procedimiento no es asimilable a la aplicación de un criterio de validez del tipo de los que integran la regla de reconocimiento tal como la entiende Hart. Cfr., entre otros lugares, *Taking Rights*..., cit., 40-44, 64-68, 106-118, 340-342. «A Reply by Ronald Dworkin», en *Ronald Dworkin and Contemporary Jurisprudence*, Duckworth, 1984, 254. *A Matter of Principle*, Harvard Univ. Press, 1985, 143, 158 y sigs. *Law's Empire*, Harvard Univ. Press, 1986, 227 y sigs., 239, 249-250.

[67] Vid. información en la obra, ya citada, de J. A. Ramos Pascua, *La regla de reconocimiento en la teoría jurídica de H. L. A. Hart*, 209 y sigs.

orientadas a defender el núcleo de la concepción hartiana -en cuanto concepción positivista- han seguido dos direcciones principales. Conforme a una de ellas los principios que no son fácilmente identificables a partir de los criterios de validez integrados en la regla de reconocimiento no formarían parte del derecho, aunque sean utilizados en la práctica judicial; serían más bien pautas extrajurídicas a las que pueden recurrir los jueces para resolver discrecionalmente aquellos casos no previstos en las normas propiamente jurídicas[68]. No parece que ésta sea una solución defendible, salvo que se mantenga un concepto de derecho estipulativamente fijado, que no alcanza a dar cuenta de elementos que juegan un papel no despreciable dentro de la práctica jurídica. Según otra dirección no se niega que los principios constituyan pautas propiamente jurídicas, sino que se intenta defender la idea de la regla de reconocimiento haciendo ver que ésta podría contener un criterio de validez a partir del cual sería posible identificarlos como parte del derecho vigente. Se recuerdan en este sentido diversos lugares de la obra de Hart en que éste advierte que la regla de reconocimiento puede ser compleja, e incorporar criterios de validez menos simples que aquellos a los que él alude normalmente a título de ejemplo. Recogiendo esta sugerencia algunos autores han apuntado que el criterio aplicable podría ser uno que estableciera que se considerarían como principios jurídicos aquellos que se encuentran implícitos en la tradición y en la práctica Judicial del orden jurídico de que se trate, o aquellos que cuentan con suficiente apoyo institucional. Ahora bien, el propio Dworkin ha puesto de manifiesto que un criterio de validez de este tenor no salvaría la intención fundamental de la teoría de Hart, ya que sólo ofrece una indicación muy vaga o abstracta cuya concreción en la práctica, como se ha indicado más arriba, conduciría, más allá de meras cuestiones de hecho, a un proceso argumentativo en el que son inevitables las valoraciones político-morales.[69]

---

[68] Además del propio Hart (cfr. *Essays in Jurisprudence and Philosophy*, cit., 7, 106-107, 156), cfr., entre otros, G. R. Carrió, *Principios jurídicos y positivismo jurídico*, Buenos Aires, Abeledo-Perrot, 1970, 66-67. H. J. M. Boukerna, «Hard Theories and Hard Cases. A Refutation of R. Dworkin's Attack on Legal Positivism», en *ARSP*, 65, 1979, 264.

[69] Cfr., entre otros, R. Sartorius, «Social Policy and Judicial Legislation», en *American Philosophical Quarterly*, 8 (1971), 155-156. D. A. J. Richards, «Rules, Policies and Neutral Principles...», cit., 1095-1096.

5. *Conclusión*

De lo expuesto hasta aquí creo que puede derivarse la conclusión de que es necesaria, y está por elaborar, una teoría sobre la vigencia y la validez de las normas jurídicas -y sobre los diversos modos de dilucidar qué normas integran un orden jurídico vigente- que haga plena justicia a la práctica jurídica real de modo que ningún aspecto de la misma quede oscurecido o ignorado. Pues a estas alturas de la exposición se confirma, a mi entender, la valoración avanzada al comienzo: que las teorías que hemos analizado han contribuido decisivamente a poner al descubierto los distintos aspectos del problema y han propuesto soluciones bien articuladas y atrayentes; pero que tomada cada una por separado, resultan ser teorías parciales, construidas en cada caso a partir de un concepto de derecho que, determinado por ciertas premisas epistemológicas o de otra índole, no permite explicar cumplidamente la práctica jurídica.

En este sentido es una teoría parcial la del normativismo riguroso que concibe al derecho como un sistema en el que, a partir de una norma básica, es posible determinar cuáles son todas y cada una de las pautas y reglas que lo integran sin más que aplicar los criterios de validez establecidos por el propio derecho sin que sea necesario tener en cuenta el hecho de la aceptación social de dichas pautas y reglas. Pero tampoco es aceptable el realismo de aquellos autores para los que la afirmación de que una norma existe como parte del derecho vigente sólo puede considerarse verdadera si se prueba en cada caso que la norma en cuestión es efectivamente aplicada, o que es verosímil la predicción de que será aplicada por los tribunales. Esta teoría desatiende el dato característico de que, debido al carácter institucional del orden jurídico, en un conjunto central de casos es posible considerar *prima facie* como vigentes a aquellas normas que reúnen ciertos requisitos establecidos en otras, es decir, que son válidas, y que este juicio normalmente resulta definitivo.

Por otro lado, frente al positivismo estricto Dworkin ha puesto de relieve que en ciertos casos la determinación de si estas o las otras pautas forman parte del derecho vigente y, en consecuencia, son aplicables en la resolución de un conflicto, requiere de un proceso argumentativo en el que juega un papel decisivo el conjunto de convicciones morales vigentes que sustentan a las instituciones jurídicas. Según esto la separación tajante entre orden jurídico y orden moral, entre el derecho vigente en un medio social y las convicciones político-morales predominantes en ese mismo medio, no resulta sostenible. Hasta aquí, en cuanto crítica

del positivismo de estricta observancia, la argumentación de Dworkin me parece convincente. Creo, sin embargo, que no ha conseguido elaborar una teoría alternativa, suficientemente completa y articulada, sobre la vigencia y la validez de las normas jurídicas, ni tampoco un concepto de derecho suficientemente definido para enfrentarlo al que combate.

En ocasiones rechaza tajantemente la teoría que denomina del *derecho existente*, aquella que concibe el derecho como un sistema de reglas, o de reglas y principios, ya dados y que pueden ser exhaustivamente identificados y catalogados de manera que el orden jurídico quedaría perfectamente definido y diferenciado de cualquier otro orden normativo. Frente a este enfoque subraya que una teoría atenta a la práctica debe buscar la naturaleza del derecho en la actividad cotidiana de los tribunales al reconocer derechos e imponer obligaciones a las personas procurando hacer justicia, aunque a veces resulte controvertible lo que exige la justicia; y añade que, desde esta perspectiva, cualquier principio de la moralidad vigente en la comunidad puede llegar a ser un principio jurídico, es decir, un principio aplicable por los jueces.[70] Podría parecer, según esto, que Dworkin suscribe una especie de realismo moralista, cercano al iusnaturalismo clásico, para el que la frontera entre derecho y moral se difumina. Sin embargo, en otras ocasiones rechaza expresamente que su doctrina sea catalogada como iusnaturalista y subraya que es erróneo sostener que en filosofía jurídica sólo cabe ser o positivista o iusnaturalista. En este sentido, afirma que, aunque en muchas ocasiones la resolución de cuestiones jurídicas requiere apelar a pautas morales, no siempre lo que es derecho coincide con lo que se considera moralmente correcto, o más justo, pues es necesario atenerse a los datos institucionales, a las reglas indiscutiblemente válidas, y los principios a los que cabe recurrir han de ser congruentes con dichas instituciones y dichas reglas.[71] En suma, la obra de Dworkin está llena de esbozos y sugerencias que apuntan hacia una teoría del derecho que pretende conjugar dos ideas. Por un lado, la idea de que el derecho constituye un cierto sistema, ya que supone la institucionalización de ciertas autoridades y cauces de manifestación de reglas para decidir sobre lo lícito y lo ilícito, sobre los derechos y deberes de los ciudadanos, sin que la vinculación a tales reglas requiera probar en

---

[70] Cfr., entre otros lugares, *Taking Rights*..., cit., 293, 337-338, 343-344. *Law's Empire*, cit., 413.

[71] Cfr., entre otros lugares, *Taking Rights*..., cit., 326-327, 339, 341-342. *Law's Empire*, cit., 400-403.

cada caso su moralidad. Por otro, la idea de que, a diferencia de otros sistemas normativos, el derecho, por el tipo de cuestiones que regula, no puede constituirse ni funcionar como un ámbito netamente distinto y separado del mundo de la vida social cotidiana y de las pautas y valoraciones que lo estructuran, de manera que las convicciones dominantes acerca de lo conveniente y lo inconveniente, lo justo y lo injusto, influyen insoslayablemente en la práctica jurídica. Sin embargo, como decía líneas más arriba, creo que Dworkin no ha conseguido hasta ahora movilizar un arsenal de categorías y conceptos, disponiéndolos de modo que resulten suficientes y suficientemente definidos en orden a responder al conjunto de problemas que requeriría ser abordado y resuelto para que su pensamiento pueda presentarse como una teoría alternativa a la teoría positivista que combate.[72]

[72] Una observación similar formula Hart a propósito del pensamiento de Dworkin en el vol. *Issues in Contemporary Legal Philosophy*, Oxford, Clarendon Press, 1987, 36-40. Para una reciente interpretación del pensamiento de Dworkin, vid. C. Bittner, *Recht als interpretative Praxis (Zu Ronald Dworkins allgemeiner Theorie des Rechts)*, Berlín, Duncker & Humblot, 1988.

RACIONALIDAD Y MÉTODO PARA EL DERECHO: ¿ES ESO POSIBLE? (I)* !

A la memoria de Michel Villell, († 1938), recordando el invalorable aliento y apoyo que supo brindar para la publicación de estudios que, como el presente, defienden puntos de vista con los que él no estaba de acuerdo.

No puede haber obstáculo mayor al desarrollo de la racionalidad que la ilusión de que se es racional cuando se es víctima de ilusiones. El hombre no puede inventar mejor medio para entrabar cualquiera de sus ideales, que el engañarse creyendo que han sido ya alcanzados.

J. Frank

Ateniéndome a la máxima de Hegel: «Todo lo que es, es racional», confío en vencer cualquier obstáculo. A quien no concuerde conmigo, le negaré la facultad de comprender lo racional.

Jhering

The existence of such principles does not guarantee that men will apply them -any more than the existence of logic can guarantee that men shall think logically- but their existence does guarantee the possibility of objective knowledge, and that is the major thesis which this book undertakes to defend.

E. D. Hirsch, Jr.[1]

Las palabras «racionalidad» y «método» son utilizadas a menudo con referencia al derecho, especialmente en estudios actuales. En sentido muy amplio, método puede querer decir simplemente: un procedimiento cualquiera, y sea intelectual o material. Mas entonces la cuestión de saber si el derecho es o no es método no se plantearía, pues nadie ignora que las soluciones jurídicas se adoptan

* Este estudio retorna, con ampliaciones, los desarrollos de un capítulo (§§ 4-8) de mi tesis doctoral, *Langage juridique et interprétation littérale (envisagés sous l'angle de la possibilité d'une méthodologie pour interprétation des lois)*, Université de Droit, d'Economie et de Sciences Sociales de París (París

con ayuda de ciertos procedimientos intelectuales.[2] Sin embargo, en la discusión sobre el método jurídico, este término aparece empleado también de acuerdo con sentidos más estrechos: muchos dicen que los juristas apelan a procedimientos verdaderamente metódicos en cuanto son racionales, o por lo menos «razonables». Pero también éstas son palabras ambiguas. Por lo demás, no todo lo que es racional corresponde forzosamente a un método; racionalidad y método no son del todo sinónimos.

La polisemia de los susodichos términos provoca malentendidos, origina confusiones en la apreciación del resultado práctico a que las posiciones sostenidas por unos u otros puede conducir.

II), 1977, XXVII + 448 págs. [El Índice Analítico y las Conclusiones Generales de dicha tesis, en traducción al castellano, están publicados en *Archivos Latinoamericanos de Metodología y Filosofía del Derecho* (ALMFD) 1, 1980, págs. 129-147, Valencia (Venezuela).] Quiero agradecer especialmente a mi director de tesis, Michel Villey, como asimismo a los miembros del jurado, Henri Batiffol y Georges Kalinowski, por sus observaciones en ocasión de sostenerla, las que he tomado en cuenta para introducir ciertas modificaciones en la primera versión publicada de este trabajo. Y deseo también hacer extensivo mi agradecimiento a la *Alexander von Humboldt-Stifung* de la República Federal Alemana, pues lo que expongo es, en buena medida, fruto de estudios efectuados por mí en dicho país (1974-1976) como investigador de esa institución. [La versión mencionada se publicó en *Archives de Philosophie du Droit*, t. 23 (1978), págs. 265-293, bajo el título «Rationalité et méthode dans le droit». En la misma época, por otro lado, retomé la mayor parte de lo allí expuesto, pero enfocando esos temas desde un ángulo más general -esto es, sin referirme particularmente al pensamiento jurídico- y añadiendo desarrollos que no contiene aquélla: «Lo racional y lo razonable», *Revista de Filosofía de la Universidad de Costa Rica*, núm. 43 (enero-julio 1978), págs. 1-32. Lo que ofrezco ahora es una traducción al castellano del artículo francés, pero trato aquí de lograr más precisión en ciertos puntos, e incorporo algunos complementos (en el texto mismo, además del Postscriptum, el Apéndice y el Anexo).]

[1] El Apéndice y el Anexo de este trabajo aparecerán en el próximo número de *DOXA*.

[1] Frank: *Law*..., pág. XXX. [Cuando, como en esta referencia y la siguiente, se indica el nombre del autor sin otros datos bibliográficos, entonces se trata de un trabajo de dicho autor que se consigna en la lista de obras (Literatura escogida) ubicada al final del estudio, antes del Apéndice.] Jhering, pág. 349. E. D. Hirsch, Jr., *Validity in Interpretation*, Yale University Press, New Haven-Londres, 1967, pág. 180 («La existencia de tales principios no garantiza que los hombres querrán aplicarlos -así como la existencia de la lógica no puede garantizar que los hombres pensarán en forma lógica-, pero su existencia garantiza sí la posibilidad del conocimiento objetivo, y esa es la tesis principal que este libro se propone sostener» [en esta y otras citas tomadas de textos en lenguas extranjeras, la traducción al castellano corre por mi cuenta -E. P. H.-]).

[2] «Por método jurídico, el jurista entiende cualquier técnica de aproximación al fenómeno jurídico en su realidad histórica, humana y social, y además

Para saber si, y en qué medida, racionalidad y método existen o pueden llegar a existir en el derecho, antes que nada sería necesario conocer mejor el sentido en que estas palabras claves son empleadas en cada caso: ¿*qué* racionalidad?, ¿*qué* método? He ahí lo que se intentará precisar en el presente estudio, ya que eso constituye la base misma para responder a la pregunta formulada como título.

I. INTRODUCCIÓN

Hay que empezar por advertir que lo racional no es más que *un* aspecto del pensamiento jurídico. Como Radbruch lo señalara en cuanto a la interpretación del derecho, éste se compone de «una mezcla indisoluble de elementos teoréticos y prácticos, cognitivos y creativos, reproductivos y productivos, científicos y supracientíficos, objetivos y subjetivos». O como dice Cowan, se trata de un «centro en torno del cual se combina, en mayor o menor grado, una singular mezcla de ciencia, mitos, supersticiones, folclor y usos tradicionales de antiquísimas tecnologías».[3]

---

la técnica de interpretación del derecho» (Brimo, pág. 217). «Por método se entiende, en consonancia con la etimología del término, la vía a seguir para alcanzar una meta, un resultado correcto. Se dice que esa vía consiste en una serie de indicaciones para la solución de problemas; o en el conjunto de los procedimientos intelectuales requeridos para llevar una investigación al fin deseado; o en 'una serie de operaciones-tipo dispuestas en razón de un cierto resultado', etc.» (García, pág. 176). Comparando tales definiciones de «método» o incluso la de Larenz: *infra*, nota 29, con la que será propuesta aquí al respecto, puede decirse que aquéllas representan una noción muy extensiva, mientras que la nuestra se refiere a los métodos propiamente dichos, métodos en *sentido estricto*. Empero, aun dicha noción extensiva puede ser más (por ejemplo, Brimo) o ser algo menos (p. ej., García o Larenz) elástica, por lo cual cabe allí distinguir entre métodos en el sentido más lato y métodos científicos en sentido *amplio*: cfr. *infra*, VIII *in line* y el esquema que está al final del Anexo.
Gustav Radbruch, *Rechtphilosophie* (7.ª ed., por Erik Wolf), E. F. Koehler, Stuttgart, 1970, pág. 211 [hay trad. de José Medina Echavarría, «Filosofía del Derecho», *Revista del Derecho Privado*, Madrid]. Thomas A. Cowan, «The Relation of Law to Experimental Social Science», en *University of Pennsylvania Law Review 96* (1947-48), págs. 484-502; he tomado la cita de la traducción al alemán por Ursula Funke, «Das Verhältnis des Rechts zur experimentellen Sozialwissenschaft», en *Studien und Materialien zur Rechtssoziologie*, Kölner Zeitschrift für Soziologie und Sozialpsychologie, Sonderheft 11/1967, págs. 161-181 (ahí pág. 162), Westdeutscher Verlag Opladen. Cfr. también las líneas de Cowan y de David transcritas *infra*, VIII in fine (Excurso).

Efectivamente, en el razonamiento de los juristas hay más que lo racional, e incluso más que lo razonable. De ahí que un examen sólo de los aspectos racionales del derecho, entre los cuales están los métodos, nunca será capaz de dar cuenta del fenómeno jurídico entero, de toda su complejidad.

Racionalidad y método son términos prestigiosos; implican, así sea tácitamente, una afirmación de valor, pues presentan también un aspecto *emocional*, «persuasivo» (Stevenson). Todos quisieran poder reivindicar estas palabras para legitimar las soluciones propias. A nadie le gustará tener que admitir que éstas no son (o que sólo son débilmente) racionales, menos metódicas que las de otros procedimientos posibles. Todo teórico del derecho entiende que él propone unas vías racionales, o razonables, para la práctica jurídica. Empero, al decir que son tales, no se toma en cuenta sólo aquello que para la ejecución material, la práctica de lo que cada quien llama racional, es el sentido objetivo, *descriptivo*, de los procedimientos así calificados. El aspecto emocional sirve para otorgar automáticamente una *valoración aprobativa* a cualquier sentido objetivo ligado a dichos términos. Al afirmar que tal o cual cosa es «racional», se afirma asimismo -por dinámica propia de este lenguaje- que esa cosa es «buena». Las cuestiones de palabras que de ello resultan, a propósito de semejante calificación, representan así diferencias más profundas. Quienes sostienen que el derecho es racional ya, están de acuerdo en reconocer que las vías de pensamiento tradicionales de los juristas *son buenas*, consideran que nada fundamental merece ser cambiado en tal práctica. En cambio, quienes toman las palabras racionalidad y método en un sentido que es más exigente desde el punto de vista científico, estiman que esa práctica no es satisfactoria, que debería ser reemplazada, cuando menos parcialmente, por *otros* tipos de procedimientos. Y hasta en el interior mismo de estas dos grandes tendencias, siempre existe la posibilidad de discrepancias sobre el sentido de dichos términos.

Por ende, cada definición de la racionalidad es una elección que conlleva importantes consecuencias prácticas. La acepción elegida depende de los *fines* que se persigan mediante los procedimientos que serán llamados racionales. Determinada clase de procedimientos se prefiere, por unos, porque les parece adecuada con vistas a lograr un fin (valor); y a este procedimiento le llaman «racional» o «razonable», justamente porque permitiría alcanzar ese fin. Por ejemplo, si se prefiere (fin) que el juez pueda dictar su sentencia de manera relativamente libre, se abogará por unos «métodos» tan elásticos que nadie conseguirá saber de

antemano lo que el juez decidirá en concreto, ni tampoco se podría luego mostrar de manera indisputable que él pueda haberse equivocado; tales procedimientos serán calificados, así y todo, como racionales o razonables, por sus partidarios -los cuales, en el fondo, confían en que el juez siempre decidirá de acuerdo con la ideología política y social dominante en ese Estado, con la cual ellos están sustancialmente de acuerdo-. En cambio, si se prefiere (fin) que los resultados sean mucho más previsibles o controlables, esto es, que el juez sea lo *menos* libre posible, entonces se toma partido por otros métodos, y sólo a estos se les reconoce la condición de ser verdaderamente «racionales» -posición que, desde luego, puede adoptarse con o sin intenciones críticas respecto al *status quo* político-social.

Por mi parte, deseo reservar para esos términos un sentido que esté lo más próximo posible del que ellos tienen cuando son utilizados en las ciencias empíricas. Esto corresponde a una finalidad, por supuesto; la de que por medio de los procedimientos así denominados, puedan obtenerse en forma más segura, menos equívoca, los resultados jurídicos. Esos procedimientos serán racionales, en tal sentido, análogamente a como lo son los métodos de las ciencias, sobre todo los de las ciencias sociales: sociología, ciencia política, etc. (en la medida, claro, en que estas disciplinas acudan a métodos *propiamente dichos*).[4]

Cada ciencia elabora o recoge unos modelos *particulares* de racionalidad. No obstante, hay nociones más generales de racionalidad, respecto a las cuales los modelos particulares constituyen sus especies. Esas nociones generales significan un punto de partida, una orientación primaria -explícita o implícita- que permite saber mejor lo que hay que buscar para elaborar o para adaptar los que sirvan en cada disciplina. La noción general tiene una virtud heurística respecto a los modelos particulares. Si no se empieza por tener una idea bastante clara sobre este punto de partida, sobre el *género* de procedimientos encarado, resulta más fácil extraviarse en la búsqueda de los modelos particulares. Por eso, será señalada la noción *más general* de racionalidad y de método, tal y como aparece presupuesta en la práctica de las ciencias. Ello puede tener su interés sobre todo para el derecho, ya que en él, justamente, dicha precomprensión suele faltar; y

---

[4] Para una percepción más concreta de cómo es o sería posible la aplicación de tales métodos a disciplinas como el derecho, *vid*., por ejemplo, las precisiones que al respecto ofrecen Albert (sobre todo en su *Traktat über rationales Praxis*), Koch y Opp; cfr. también los trabajos indicados en la nota h, *infra*.

esta falta ocasiona un verdadero caos, desde el punto de vista metodológico, en la manera como los juristas tratan los casos que tienen entre manos.[5]

El precisar la noción general de racionalidad y método no basta, desde luego, para alcanzar a determinar desde ya los modelos *particulares* que necesitaría un pensamiento jurídico que se inspire en tal noción. Lo que será subrayado aquí, no puede significar más que un *primer paso* hacia la respuesta a la pregunta formulada. Otros pasos serían indispensables, naturalmente, y claro que son éstos los más difíciles de concretar. Pero tal vez nuestras observaciones puedan ayudar a hacer conciencia de la *dirección* en que esos otros pasos deben ser dados si se quisiera obtener un pensamiento jurídico más científico. Se trata de destacar las *exigencias* que la adopción de un pensamiento de esta clase precisamente, el científico, le impondría al jurista, y *distinguir* en la forma más neta posible *esta* racionalidad frente a *otros* tipos de pensamiento, llámeseles o no «racionales» también. Es, en definitiva, una manera de advertir acerca de lo que acaso podría ser *querido* -aunque en la actualidad no lo sea por los juristas, como patrón de su actividad profesional. Asunto que tiene su interés, me parece, no sólo para los particulares de una racionalidad como la que aquí será subrayada, sino hasta para sus adversarios (en el caso de éstos, para que puedan rechazarla con mejor conocimiento de causa).

II. LA NOCIÓN DE MÉTODO

La racionalidad *científica* se caracteriza especialmente por la condición de que ella se vierte en *métodos*. La elaboración y aplicación de éstos es, puede decirse, la condición esencial para el pensamiento racional en la ciencia.

En sentido amplio, «método» quiere decir simplemente: un «camino», algún *procedimiento*, sea intelectual o material. En tal sentido, *cualquier* medio que se emplee para lograr algo constituiría un método (cfr., por ejemplo, las definiciones transcritas en la nota 2, *supra*). Pero si queremos referirnos a los procedimientos *científicos*, los métodos *propiamente dichos*, entonces

---

[5] Cfr. Batiffol, Sbriccoli, Struck (*Topische...*), Rüthers, pero sobre todo, Frank Lautmann y Schreckenberger. De todos esos estudios resalta hasta qué punto NO es metódico (sino más bien retórico, etc.) el razonamiento común de los juristas, particularmente el de los jueces.

esa palabra tiene un alcance mucho más restringido. En este último sentido, riguroso, estrecho, un método es el conjunto de operaciones por medio de las cuales, paso a paso, siguiendo un esquema racional, se avanza hacia un fin. Las etapas de este proceso dependen de la cosa (material o no) a la cual el respectivo método se refiere y de lo que se desee hacer con ella. El método consiste en un modelo racional -un sistema de reglas, o cuando menos una sola- que apunta a la realización de determinado género de operaciones, las que conducen, si como punto de partida están dadas ciertas condiciones, hacia una meta preestablecida. Ésta puede ser de distinta naturaleza: elaboración o transformación de bienes materiales, obtención o confirmación de nuevos conocimientos, etcétera. Y las reglas del método, a su vez, también ellas son muy variadas según la especialidad de que se trate. (Para la idea de *método*, vid. Rapp y sobre todo Segeth.)

Fijemos, como punto de partida, una definición provisoria:

método es el conjunto ordenado -modelo racional- de procedimientos intelectuales, y eventualmente materiales, que se emplean para un determinado tipo de actividades; estos procedimientos son medios que apuntan a ciertos aspectos de un tipo de objetos (reales o ideales), a los que el método es aplicado con la finalidad de obtener o confirmar conocimientos acerca de ellos, o bien de elaborar o transformar dichos objetos; y tales procedimientos, si el método es correcto, la experiencia los acredita como adecuados para la obtención de los conocimientos o las realizaciones prácticas así perseguidos.

(Al final de este estudio será presentada una definición algo más prolija.)

Como los fines y los modelos posibles son tan variados, hay muchos tipos de métodos. Ante todo, hay que distinguir entre métodos de investigación y de verificación. El primero de estos dos tipos se utiliza para hallar, descubrir, una solución. El segundo, en cambio, se ocupa de controlar (a posteriori) si esa solución es aceptable, legítima. Carnap ha distinguido tres etapas sucesivas:

-el encontrar («invención» de) una conclusión;

-la construcción (otra «invención») de una prueba que permita someter a verificación esa conclusión;

-el examen, control, mediante la prueba proporcionada de que tal conclusión es correcta.

Aunque puede concebirse que haya métodos para cada una de estas etapas, en general resulta mucho más difícil determinarlos para las dos primeras que para la tercera. De ahí que Hans Reichenbach formulara la conocida distinción entre *context of discovery* (contexto de descubrimiento, de invención) y *context of justification* (contexto de Justificación: de validez, de fundamentación, de legitimidad). Para el primer «contexto», que correspondería a las dos etapas iniciales de las señaladas por Carnap, no parece que existan reglas susceptibles de sustituir la función humana de creatividad (inspiración, intuición); por tanto, ahí no caben métodos. No sería sino en el marco del segundo «contexto», pues, que los procedimientos podrían ser sometidos a un control metódico.[6]

Por otra parte, los métodos difieren según las especies de objetos encarados y también según los distintos tipos de conocimientos sobre esos objetos. Hay diferencias importantes entre los procedimientos aplicables en lógica formal y los de las ciencias de la naturaleza, o entre éstos y los medios a que recurren las ciencias sociales, etc. Y hasta en el interior de cada una de estas disciplinas, unos métodos pueden ser más adecuados para ciertos estudios, mientras que otros métodos serán preferibles para otros exámenes.

Cada rama de la ciencia, sea que se trate de ciencias «naturales» o de las «exactas» o de las que son llamadas «del espíritu» (o «del hombre»), posee sus propios métodos. No obstante, un mismo método puede, en su caso, ser aplicable en más de una ciencia, y también hay analogías entre métodos diferentes de disciplinas distintas. Estamos ante un pluralismo de métodos. Esto obliga a efectuar *opciones*, es decir, a elegir el o los métodos que sean aptos para las características de cada disciplina. E incluso entre los procedimientos que se aceptan en una disciplina dada, habrá que elegir aquel método que sea el más adecuado en vista del caso concreto.

---

[6] Para obtener la conclusión misma (1.ª etapa) mediante un método, o para encontrar la prueba (2.ª etapa) de la exactitud de tal conclusión por vías que sean propiamente metódicas, se tendría que disponer, en cada una de esas etapas, de lo que Carnap llamó un «procedimiento efectivo»: aquel que está sometido a reglas que *pre*-establecen, en forma unívoca y suficiente, todos los pasos necesarios para llegar, de manera indubitable, a la conclusión. Pero, en general, no se dispone de tal cosa, ni siquiera en las matemáticas. Incluso en éstas, la imaginación del investigador, su intuición, su «talento», desempeñan un papel fundamental en aquellas dos primeras etapas. Cfr. Horak, págs. 17 y sigs., y además Polya, *passim; vid*. también Frank, *Law*..., págs. 180 y sigs. (con referencias a Henri Poincaré, etc.).

He querido comenzar por presentar una Idea muy general de lo que es «método». En los apartados que siguen se examina más de cerca los elementos esenciales de dicha noción.

III. INTERSUBJETIVIDAD

a) *Método y verdad*

Cuando el método va dirigido a la finalidad de conocer, él no es más que un medio para la búsqueda de una *verdad*, la cual constituye el fin al que se entiende dirigido el método en cuestión. Ahora bien, para apreciar si tal medio es adecuado, hay que tener una idea bastante precisa del *género* de verdad que se encara. No quiere decir, por supuesto, que ésta sea ya bien conocida de antemano, pues en tal caso no habría por qué efectuar tales investigaciones, esos métodos serían entonces superfluos; mas es necesario saber, sí, hacia *dónde* se dirige el interés de conocimiento que buscamos satisfacer por medio de ellos. En consecuencia, importa tener esto lo bastante claro como para poder distinguir bien la verdad que estamos persiguiendo de verdades que corresponden a otros dominios; y también para estar en condiciones de comprobar, ante los resultados obtenidos por la aplicación del método, en qué medida tal o cual afirmación particular, concreta, es «verdadera» respecto a esa esfera de estudios.

Pero, ¿qué es una «verdad»? Este término puede ser entendido en formas más amplias o más restringidas, y puede referirse a aspectos diversos. Por lo general, se dice que se trata de una *adecuación* del pensamiento a la cosa.[7] Es eso lo que indica la fórmula clásica, *veritas est adequatio rei et intellectus*. Sin embargo,

---

[7] Prescindo de terminologías como las de Jaspers, Heidegger, Gadamer, etc., en donde la palabra «verdad» se usa en un sentido antes bien valorativo que descriptivo, que poco tiene que ver con su acepción habitual en las disciplinas científicas. Examino esto en un artículo donde critiqué, con cierto detalle, las posiciones centrales de Gadamer: «Hermeneutik contra Rechtswissenschaft» (Hermenéutica contra ciencia jurídica), en Archiv für *Rechts-und Sozialphilosophie*, vol. LXIV (1978), págs. 163-181 [algunas de estas críticas se recogen *infra*: Apéndice, punto 4]. Cfr, además las observaciones de Hubert Rottleuthner: «Hermeneutik und Jurisprudenz», en Hans-Joachim Koch (comp.), Juristische *Methodenlehre und analytische Philosophic* (Metodología jurídica y filosofía analítica), págs. 7-30, Athertäum, Königstein/Ts., 1976. [Vid. también la nota siguiente.]

las diferencias se hacen sentir en cuanto nos preguntamos qué significan exactamente los tres términos relacionados en dicha fórmula: pensamiento, cosa, adecuación. Para lo que nos interesa aquí, basta con tener presente que el género de verdad que un método dado persigue, dependerá de la naturaleza de la «cosa» enfocada, y también de la especie de adecuación que se supone debe existir entre tal cosa y el pensamiento del investigador. En cuanto al método, lo que importa sobre todo es la manera de *verificar* si tal verdad se presenta o no en un caso dado. Y esto exige un buen nivel de precisión respecto a los pasos necesarios para controlar si realmente ese método alcanza o no, en sus aplicaciones concretas, los resultados que se persiguen, vale decir, el tipo de verdad buscado.

Para llegar a saber eso, es necesario ponerse de acuerdo sobre los *criterios* que permitan juzgar al respecto. Los criterios de la verdad que dominan en la ciencia contemporánea apuntan a la posibilidad de un control *intersubjetivo*. Inter-subjetividad (entre-sujetos-distintos) del conocimiento, esto es: que la verificación, el control en cuanto a la legitimidad de una afirmación, dependerá de criterios que sean firmes, en el sentido de que la gente -por lo menos los hombres de ciencia de la respectiva disciplina- estará habitualmente de acuerdo sobre la aplicación de dichos criterios, o sea, acerca del valor (grado de probabilidad, plausibilidad) de los resultados obtenidos en función de tales criterios. Para saber si es así, esos resultados deberán poder ser comunicados sin que haya, habitualmente, mayor riesgo de malentendidos. Ello exige, a su vez, el empleo de un lenguaje suficientemente riguroso, es decir, susceptible de ser entendido por lo general de modo unívoco, por lo menos en la comunicación que tiene lugar entre los especialistas de la disciplina de que se trate. Y todo eso es válido también para las ciencias del espíritu, en la medida en que ellas pretendan arribar a resultados objetivos. Quiere decir que la intersubjetividad de una ciencia consiste en:

> (i) el hecho de disponer de un lenguaje riguroso, o sea, susceptible de ser generalmente entendido de manera inequívoca, al menos en la comunicación entre los especialistas de la disciplina respectiva;
> (ii) el hecho de que los procedimientos y resultados de esa disciplina puedan ser expresados en forma adecuada, netamente comprensible mediante dicho lenguaje;
> (iii) el hecho de que rija acuerdo (entre los especialistas) sobre el manejo de dichos lenguajes (i) y procedimientos

(ii), y también sobre la legitimidad de los resultados (ii) que así se alcancen;

(IV) y todo ello con base en un cuerpo específico de conocimientos que caracterizan a esos especialistas como tales, el cual constituye el sistema teorético propio de la disciplina científica en cuestión.

«El conocimiento científico es, en primer lugar, el contenido, y sólo el contenido, que puede ser comunicado literalmente a otros mediante palabras entendidas literalmente, es decir, sin metáforas, analogías, etc., usadas en la transmisión del pensamiento. En segundo lugar, sólo pueden pretender ser reconocidas como conocimiento científico las afirmaciones acerca de las que cualquier persona que se encuentre en condiciones externas apropiadas pueda decidir sobre su corrección o incorrección. En otras palabras, el conocimiento científico es aquel que es intersubjetivamente comunicable y controlable. Es exactamente esta intersubjetividad lo que parece ser la característica del conocimiento racional.» (Kazimierz Ajdukiewicz, Introducción a la filosofía. Epistemología y metafísica, trad. de Alina Dlugobaska, Cátedra-Colección Teorema, Madrid, 1986, pág. 59.) Cf. también Brecht, págs. 119 y sigs., y cap. VII.3 (esp. el punto e).

* * *

En conclusión, no es posible ponerse de acuerdo sobre un método sin antes precisar los rasgos esenciales del tipo de verdad que se indaga. Mas, ¿cuándo podría decirse que esos rasgos se hallan bastante precisados? Sólo la práctica, en cada disciplina, puede proporcionar la respuesta. El tipo de verdad buscado está suficientemente determinado cuando, ante los resultados concretos de la aplicación del método, la generalidad de quienes reconocen la pertinencia de éste para los asuntos de que se trata, concuerdan asimismo acerca del grado de verdad que quepa reconocerle a esos resultados. Tal acuerdo, y que él sea comprobable a través de un lenguaje riguroso: eso, justamente, es la inter-subjetividad de una comunidad científica.

Lo dicho no significa, cabe aclarar, que todo criterio intersubjetivo ha de servir forzosamente para garantizar la verdad de las conclusiones alcanzadas o controladas por intermedio de él, ni tampoco que sea imposible alcanzar eventualmente verdades por vías que no son las de tipo científico. Empero, si por esas otras vías se llegara, acaso, a detectar ciertas verdades, la objetividad de éstas sería dudosa: como las opiniones están siempre divididas respecto a la legitimidad de tales «verdades» (por ejemplo, religiones, astrología, etc.), no es posible creer en ellas

sino en virtud de posiciones bastante subjetivas y tal vez arbitrarias. La intersubjetividad no proporciona, por cierto, garantías absolutas para aquellas afirmaciones que la tienen como respaldo. No obstante, ella es el único medio de que disponemos para juzgar en forma *menos* arbitraria.[7a] De ahí que los conocimientos intersubjetivos se tengan por objetivamente verdaderos; aunque esto es siempre en forma provisoria, o sea, mientras no se pongan sobre el tapete unas razones nuevas -razones mejores, pero cuya justificación pueda, a su vez, ser intersubjetivamente probada- para rectificar algo que hasta entonces -¡en adelante ya no!- era intersubjetivo.[8] (Me refiero, más que nada, al tipo de intersubjetividad que es especialmente elaborada y rigurosa, la científica en sentido estricto: *infra*, VII y VIII.)

IV. INTERSUBJETIVIDAD

b) *Razonamiento y racionalidad, probabilidad (plausibilidad)*

Dijimos que el método es un proceso esencialmente *racional*. ¿Qué significa esto? Por lo general, los autores subrayan que el pensamiento racional es una cosa distinta que los pensamientos

---

[7a] «El motivo por el que el racionalismo valora sólo este tipo de conocimiento (el intersubjetivamente comunicable y controlable) es social (…) [L]a postura del racionalista es una reacción social sensata, es un acto de autodefensa de la sociedad contra los peligros de ser dominada por fuerzas incontrolables, entre las que se encontraría desde el santo que proclama una revelación hasta el loco que afirma los productos de su mente enferma, con el riesgo que supondría el poder de un individuo fraudulento que quisiera ganar seguidores para sus puntos de vista con el fin de llevar a cabo sus propósitos egoístas e indignos. Es mejor confiar en un seguro aunque modesto alimento de la razón, que, por temor a perder la 'verdad', dejarse alimentar con todo tipo de alimento incontrolable que, frecuentemente, resulta ser más ponzoñoso que saludable y benéfico» (Ajdukiewicz, ot). cit., págs. 59 y 62).

[8] Que esas nuevas razones sean en verdad «mejores», en el sentido de que constituyan realmente una mayor aproximación a la verdad -tesis del llamado *racionalismo crítico*, Popper, Albert, etc.-, es cosa discutible, sin embargo, desde unos puntos de vista como los sostenidos por Kuhn, Feyerabend, etc.: cfr. la discusión que contiene el volumen editado por Lakatos y Musgrave. De todos modos, la forma en que racionalidad y método se definen en el presente trabajo, nada prejuzga acerca de dicha cuestión. [A la idea de «verdad» me refiero con más extensión en un Excurso que incluí en el apartado VI de «Lo racional y lo razonable» (cit. *supra*, en la nota inicial: *x*). Para un tratamiento breve pero muy informativo sobre «El problema de la verdad», cfr. el capítulo que lleva ese nombre en el librito de Ajdukiewicz (*op. cit.*): Primera Parte, cap. II.]

determinados simplemente por la vida emocional o por la costumbre. Sin embargo, en cuanto se trata de señalar en forma más específica *qué* es racional, las opiniones divergen.

Entre los múltiples sentidos que registra la palabra «racionalidad» (o «racional»: lo que es conforme a la «razón»),[9] nos quedaremos, por su pertinencia para nuestro tema, con la acepción según la cual consiste en fundar las conclusiones sobre unos *razonamientos* cuya legitimidad es *intersubjetivamente controlable*. Por «razonamiento» entendemos, con Blanché (pág. 12), «un discurso tal que, estando puestas ciertas proposiciones y por el solo hecho de estarlo, otra proposición resulta de ellas, sea necesariamente, sea en forma más o menos probable». Se trata de un modo *discursivo*, es decir, la «expresión y desarrollo del pensamiento por una serie de palabras o de proposiciones que se encadenan» (Lalande, vocablo *Discours*); es, a diferencia de la intuición pura y simple, una manera *mediata* de llegar a la conclusión.[10]

El razonamiento consiste, pues, en un encadenamiento de proposiciones. Esa cadena reposa sobre intuiciones intelectuales que se refieren a relaciones de principio a consecuencia: hay algo que se sigue, que resulta, que se desprende, se infiere de *otra* cosa. Estas intuiciones, que permiten aprehender un vínculo entre la primera «cosa» (principio) y la segunda «cosa» (consecuencia), constituyen lo que Peirce llamó *relación ilativa*: cfr. Blanché, pág. 24 y sigs. El razonamiento puede consistir en un encadenamiento más o menos extenso y complejo de tales relaciones. Aquello que aparece como conclusión de una (primera) relación principio-consecuencia, a su vez puede servir como premisa a partir de la cual se desprende una nueva conclusión (segunda

---

[9] Las posibles definiciones de qué es «racionalidad» son, por supuesto, muchas y de lo más variadas, cfr. Haba, *Rationalité*. Por ejemplo, Priester (*Rationalität und funktionale Analyse*, págs. 61 y sigs.) ofrece una lista de 17 definiciones, las cuales se limita a recoger sólo entre las de la racionalidad llamada específicamente «formal» (sobre ésta, cfr. *infra*, el Excurso que contiene el apartado VI). Vid. también el artículo de Anacker. La ambigüedad de dicho término ya había sido advertida, desde luego, por Jhering, cfr. *supra*, en el acápite, e *infra*, nota 37. Particularmente sobre lo que es «racionalidad» en el derecho, cfr. los distintos enfoques que al respecto traen los trabajos reunidos en *Archives de Philosophie du Droit*, t. 23. [Vid. además *infra*, nota 17, sobre el término «razón».]

[10] «Se dice que una operación de pensamiento es discursiva cuando alcanza el fin al que ella tiende por una serie de operaciones parciales intermediarias» (Lalande, voz Discurs~f). Según Blanché, «el razonamiento no aparece sino donde interviene una mediación» (pág. 14).

relación principio-consecuencia), y así sucesivamente. Quiere decir que el razonamiento va de una premisa inicial (que corresponde a la primera relación principio-consecuencia) hasta una conclusión final (que corresponde a la última relación principio-consecuencia), pasando por una serie más o menos prolongada de escalones intermediarios (relaciones sucesivas de principio a consecuencia). Mas corresponde señalar (Blanché, págs 12 y sigs.) que como conclusión, en esa cadena, puede figurar ya sea el principio o la consecuencia de una de dichas relaciones, según que el razonamiento vaya orientado en un sentido o en otro, es decir, del principio a la consecuencia o a la inversa. A partir de un resultado ya conocido (consecuencias), puedo encontrar sus bases racionales (principios); o bien, inversamente, de unos principios extraigo cuáles son sus consecuencias. Por ejemplo, del articulado de unas leyes puedo remontarme a los principios generales de la institución jurídica respectiva, o bien, inversamente, de unos principios generales de derecho se pueden extraer consecuencias particulares; en el primer caso, la conclusión de ese razonamiento es un principio, mientras que en el segundo, la conclusión son unas consecuencias de ese principio. Ya sea que vaya dirigido en un sentido o en otro, lo peculiar de todo razonamiento es que en él la conclusión (sea un principio o una consecuencia) se infiere de las premisas (sean principios o consecuencias). En síntesis, puede decirse que: «Razonar es, pues, efectuar una inferencia o combinar inferencias.» (Blanché, pág. 15.)

Empero, hay razonamientos y razonamientos... Cualquier razonamiento constituye simplemente un *medio*. Es un camino intelectual orientado hacia una *finalidad* de conocimiento; inclusive lo es allí donde se trata de la determinación, por ese medio, de decisiones adecuadas con vistas a actuar: razonamiento práctico. La orientación de la cadena ilativa hacia el fin encarado, sirve para distinguir, según el grado en que ella sea apta para alcanzar verdaderamente ese fin, si dicho razonamiento es más o menos «bueno». Cada vez que decimos: *puesto que..., entonces...,* estamos ante un razonamiento,[11] sea cual fuere su contenido. Claro que no todo razonamiento es correcto o la adecuación de un razonamiento se mide en función de la finalidad hacia la cual se le entiende dirigido, es decir, según que él logre o no alcanzar el conocimiento así buscado.

[11] Enlaces como: «en consecuencia», «por tanto», «de ahí que», «porque», «pues», «puesto que», «por ende», «por consiguiente», «dado que», «se sigue que», etc.; todas estas fórmulas son típicas para expresar razonamientos, ellas ponen de relieve el carácter de mediación que los caracteriza.

El razonamiento presenta, pues, tres caracteres fundamentales: *a)* es un procedimiento de tipo *discursivo*, *b)* que descansa sobre unas *relaciones ilativas*, *c)* y se trata de un medio intelectual dirigido a una finalidad de conocimiento. Quiere decir que:

> llamamos *razonamiento* a una cadena ilativa que, orientada hacia un fin de conocimiento, sea teorético o práctico, conduce desde unas premisas (principios o consecuencias) hacia una conclusión final (principio o consecuencia); esa cadena puede ser más o menos prolongada, y cada uno de sus eslabones puede tener una composición más o menos compleja.

Quedó agregado, al final de esta definición, que los eslabones de que se compone un razonamiento pueden ser, cada uno de ellos, más o menos complejos. En efecto, cada eslabón puede presentarse fundado, a su vez, sobre una cadena ilativa propia; y la cadena puede tener más de una premisa inicial, su punto de partida puede consistir en un conjunto de proposiciones; también el resultado final puede ser un conjunto de dos o más conclusiones. Por ejemplo, piénsese en un razonamiento tan complejo como el que representa, unitariamente, todo el cuerpo de una sentencia judicial. Pero esto no implica la necesidad de corregir el esquema propuesto, pues cada uno de esos conjuntos que configura un eslabón puede ser encarado formalmente como una unidad, o sea, como si se tratara de *una* premisa o de *una* conclusión, aunque esté compuesto en forma más o menos compleja. En rigor, un razonamiento (global) se halla a menudo integrado por varios sub-razonamientos (razonamientos subordinados), todos orientados hacia el fin de conocimiento principal, en función del cual ellos quedan ahí entrelazados. Sea que la cadena de un razonamiento esté más o esté menos complejamente integrada, ella presenta siempre los caracteres esenciales subrayados en la definición de razonamiento aquí ofrecida.[12]

Señalé qué caracteres formales definen lo que es un razonamiento. Ahora bien, no todo razonamiento es forzosamente racional. No basta con que un acto intelectual presente los tres

---

[12] Así, por ejemplo, incluso un esquema de argumentación como el que presenta Gottlieb (pág. 170), inspirado en el de Toulmin (pág. 104), puede caber en el marco de dicha definición. Y hasta se podría tomar como ejemplo de un razonamiento complejo los desarrollos del presente artículo, pues tratan de explicar y justificar la definición -ésta sería la conclusión- de método que se presenta al final (*infra*, X *in fine*).

caracteres indicados para que, desde ya, haya ahí lo que hemos llamado «racionalidad» (cfr. al principio de este apartado). Al caracterizarla, subrayé que es *intersubjetiva*. Mas hay razonamientos que son poco intersubjetivos, por lo cual resulta que el carácter de racional no corresponde más que a un tipo de razonamientos: es el buen razonamiento *intersubjetivo*. (Recordemos que la «bondad» de un razonamiento es su aptitud para alcanzar un fin determinado.) Ello nos conduce a la siguiente definición:

> llamamos *racional* a un razonamiento cuando él se asienta sobre *a)* cadenas ilativas intersubjetivamente controlables, *b)* orientadas hacia un fin de conocimiento compartido -de modo igualmente intersubjetivo- por los encargados de medir esa racionalidad, y en donde *c)* las conclusiones respectivas alcanzan -por lo menos en cierta medida, pero siempre intersubjetivamente- aquella finalidad.[13]

Más breve: *una conclusión es racional cuando está fundada sobre razonamientos cuya legitimidad («bondad»)* es intersubjetivamente controlable.

La idea de racionalidad que he retenido constituye, ciertamente, un concepto *estrecho* de ella. Éste es el único apto para la construcción de métodos propiamente dichos. No obstante, hay autores que recurren a nociones más amplias de «racionalidad»; emplean ese término, o la palabra «razonable», para abarcar incluso unas vías de pensamiento distintas de las capaces de caber en el marco de la definición (estricta) aquí ofrecida. Es el caso, en especial, de unas corrientes hermeneutistas y de quienes se inspiran sobre todo en la *Tópica* y la *Retórica* aristotélicas: hermenéutica filosófica (Gadamer), nueva retórica (Perelman), tópica (Viehweg), tópica hermenéutica (Müller), metodología hermenéutica (Larenz), dialéctica aristotélica (Villey), controversia (Giuliani), argumentación jurídicamente razonable (Kriele), lógica de lo razonable (Recaséns), lógica de la elección (Gottlieb),

---

[13] Cuando decimos que las conclusiones racionales alcanzan el fin de conocimiento fijado, no hay que entender que llegarán siempre a ofrecer una respuesta positiva en cuanto a ese conocimiento que se persigue. De lo que se trata, por dicho medio, no es más que de obtener una respuesta adecuada (racionalmente) al problema planteado. Así, también es posible que tal respuesta sea negativa, si ese razonamiento permite comprobar (intersubjetivamente) que una hipótesis, la sometida a examen, no es correcta o que no está aún suficientemente probada. En tal caso, se llega racionalmente a saber que no se sabe.

etc. Lo común a todas estas orientaciones es que ninguna de ellas señala unos *criterios* precisos para resolver las diferencias de opinión, es decir, para controlar *intersubjetivamente* esos razonamientos que ellos califican, así y todo, de «racionales» o «razonables»[14] (más abajo se vuelve sobre esto, especialmente en el apartado VIII).

Ese concepto estrecho de racionalidad *no* implica que ésta tenga que ser una de tipo puramente lógico-formal o matemática. La racionalidad científica está lejos de agotarse en la sola esfera del razonamiento «constrictivo»: aquel que es válido -más aún: siempre y necesariamente válido- por sus solos trazos formales, el que corresponde a eso que Granger llama (págs. 57, 119, 123) la «razón constructora de máquinas». Habíamos visto, en cuanto al razonamiento, que éste no comprende sólo las inferencias necesarias, constrictivas, sino también aquellas que no son sino probables. Por eso, Polya llama la atención (cfr. la introducción de su libro) sobre la diferencia entre los razonamientos «demostrativo» y «plausible». También este último tipo aparece por doquier en las ciencias, incluso en matemáticas.[15] Lo que hace «plausible» a un razonamiento es su buen grado de probabilidad. Y tratándose del pensamiento científico, ese grado es intersubjetivamente controlable: he ahí lo que distingue a la racionalidad propiamente dicha frente al campo de lo «razonable», entendiendo este último término de acuerdo con el sentido que le dan Perelman y otros. Nuestro concepto de racionalidad abarca, pues, tanto los razonamientos demostrativos como los probables, siempre que estos últimos sean intersubjetivos.

---

[14] Tal es asimismo el caso de los autores que subrayan la existencia de ciertos «cánones» o «elementos» en la interpretación jurídica, más allá de que los denominen o no «racionales», «método», etc.: Savigny, Coing, Larenz, Fr. Müller, etc. Para una crítica de esta clase de posiciones, cfr. mi comentario a propósito de Betti: «Sur una 'méthodologie' de l'interprétation juridique», en *Archives de Philosophie du Droit*, t. XVIII (1973), págs. 371-383 (esp. págs. 378 y sigs.). En cierto sentido, esa crítica podría hacerse extensiva incluso a puntos de vista como los de Esser, quien se inspira (en alguna medida) en ideas de Gadamer: cfr. E. P. Haba, «Pré-compréhension et rationalité dans le travail du juge», en *Archives de Philosophie du Droit*, t. 20 (1975), págs. 385-400 (esp. págs. 396 y sigs.).

[15] Polya ofrece, en su libro, muchos ejemplos de aplicación del razonamiento plausible (inductivo) a los descubrimientos en matemáticas. Incluso muestra unos «patrones de inferencia plausible» (caps. XII y XIII) que muy bien se pueden aplicar asimismo en otros dominios, como el derecho; en cuanto a esto último, cfr. esp. el apartado 13 del cap. XIII (y *vid. infra*, nota 32).

El género de probabilidad a que nos referimos aquí, no es la de tipo estadístico, puramente matemática, sino sobre todo la de carácter inductivo. En qué medida esta probabilidad podría ser vertida en fórmulas matemáticas, es un problema para el cual la teoría de la ciencia parece no haber hallado todavía una respuesta satisfactoria. Mas nosotros podemos desentendernos de tal dificultad, ya que en cuanto al tipo de intersubjetividad capaz de permitir el ponerse de acuerdo sobre un asunto de derecho, un grado tan extremo de precisión no suele ser indispensable, ahí basta con alcanzar una intersubjetividad no matemáticamente formulada.

Empero, los términos «probable» y «plausibilidad» son polisémicos. Podemos distinguir, por ejemplo, una probabilidad I (puramente estadística, matemática) de una probabilidad II (simple generalización, inducción), y una plausibilidad I (credibilidad respecto a hechos) de una plausibilidad II (axiológica, aceptabilidad de valoraciones). La probabilidad II y la plausibilidad I son la misma cosa; y es justamente tomándolos de acuerdo con esta acepción como nosotros utilizamos aquí ambos términos, como sinónimos. Eso no excluye, por supuesto, que tal «probabilidad» o «plausibilidad» pueda estar vinculada, llegado el caso, a probabilidades I o a plausibilidades II.[16]

En conclusión.- La racionalidad (propiamente dicha) no se agota en la lógica formal, el cálculo. Sin embargo, eso no quiere decir que abarque unos razonamientos que no son intersubjetivamente controlables: tópica, dialéctica, argumentación razonable, etc. La racionalidad comprende también conclusiones que sólo son probables, pero esto en la medida en que la plausibilidad de ellas sea susceptible de acreditarse ante un control intersubjetivo.

V. DELIMITACIONES CONCEPTUALES

He aquí unas precisiones sobre algunos conceptos básicos que estamos empleando.

---

[16] Cfr. Bochenski, núm. 21, sobre todo el primer parágrafo de ese apartado: *Las dos significaciones de la palabra «probabilidad»*, en donde se dice:

> «La primera clase de probabilidad se llama ordinariamente ‘numérica’, ‘matemática’ o ‘estadística’;la segunda, se llama ‘aceptabilidad’ o ‘credibilidad’ (págs. 229 y sig. [trad.]).

Sin embargo, no es seguro que el sentido que arriba se retiene para el término «plausibilidad» coincida *exactamente* con lo que Bochenski llama «aceptabilidad», aunque tal vez están emparentados. Cfr. también Ströcker, págs. 31 y sig.

Racionalidad y razón.- Para la palabra «racional», el Vocabulario Lalande dice: «Lo que pertenece a la razón o es conforme a ella...» Tal definición, aunque responde a usos habituales de dicho término, puede inducir a error. La idea de razón es algo muy confuso, o por lo menos ambiguo.[17] Ella conduce a diluir las diferencias que existen entre lo racional, lo razonable, el razonamiento y en general cualquier intuición intelectual; estas formas pueden imputarse, *todas* ellas, a «la razón». La definición de racionalidad aquí propuesta (*supra*, a la altura de la nota 13), en cambio, es mucho menos genérica. Los sentidos que hemos retenido para esos términos, con la intención de marcar diferencias claras entre ellos al utilizarlos, corresponden a distinciones que importa subrayar, a cosas que no conviene confundir las unas con las otras. Si, por el contrario, lo «racional» se define como aquello que es, simplemente, conforme a la «razón» -vale decir, sin especificar que esta razón debe ser discursiva e intersubjetiva-, entonces resulta que, por ejemplo, podría haber racionalidad incluso allí donde ni siquiera estamos ante un razonamiento (falta la cadena discursiva, no hay mediación).

Racionalidad e intersubjetividad (intersubjetividades científica y no científica). -Vimos que la racionalidad implica intersubjetividad. No es verdad, en cambio, la afirmación inversa: que siempre haya racionalidad allí donde encontramos intersubjetividad. Existen también unos conocimientos intersubjetivos *directos*, inmediatos, esos que responden a una intuición (controlable) que no se siente la necesidad de basarla en ninguna otra cosa, pues aquélla parece ser evidente por sí misma. De tales conocimientos está llena la vida cotidiana: por ejemplo, cuando la gente reconoce, sin más, un color, una persona, una melodía,

---

[17] Cfr. Granger, Bobbio (*La razón...*) y Arnaud [respecto a este último, véase el punto 5 del Apéndice, *infra*.]. Por ejemplo, un autor como Jackson (*Rationalité...*) distingue los siguientes tipos de «razón» en cuanto al derecho: «La ciencia jurídica tiende a ver esta diversidad en los procesos de razonamiento en términos de fronteras disciplinarias. Una esfera queda delimitada en cuyo interior la disciplina del derecho es susceptible de ser objeto de procesos lógicos (lógica deóntica); la razón práctica se considera como una apertura del derecho a las cuestiones de filosofía moral y política; la razón inconsciente, si se entiende que ella tiene algo que ver, se le deja al antropólogo o al psicólogo» (pág. 2). «[C]uatro tipos distintos de la razón utilizada en el derecho han sido identificadas: la lógica clasificatoria, que gobierna las relaciones en el interior de conjuntos de conceptos o de instituciones jurídicas, hiponimia (*hyponomie*); la semiótica lógica (o lógica semántica), compatible con el desarrollo del cuadrado lógico; la semiótica discursiva, que incorpora el funcionamiento de reglas convencionales de clausura; y las asociaciones de categorías oposicionales binarias, que contribuyen a nuestros juicios intuitivos» (pág. 16).

etc. Y también los hay en la actividad científica, aquellos que se desprenden de una observación primaria: los enunciados llamados «protocolarios», o por lo menos algunos de éstos. De ahí que pueda haber intesubjetividad sin que haya razonamiento, y, *a fortiori*, sin intervención de racionalidad ni método. Lo que diferencia a la intersubjetividad científica de la que no es tal, es que la primera se subordina al control de métodos, y que ella es de tipo sistemático (no se trata, en la ciencia, de unos conocimientos aislados o independientes entre sí), todo lo cual se maneja allí en función de unos marcos teoréticos explícitos y sofisticados (*infra*). Como dice Moreno (pág. 18): «En oposición al saber vulgar, la Ciencia es saber metódicamente fundado y sistematizado.» Intersubjetividad científica y método son, pues, inseparables. Pues ésta resulta, ella misma, de la aplicación de métodos, o bien consiste en el conocimiento de ciertos datos elementales que son lo suficientemente firmes y delimitados como para que a partir de ellos se pueda construir un saber metódico. En síntesis: la intersubjetividad puede ser científica o no científica, y sólo en el primer caso ella es siempre racional (si se trata de ciencia en sentido estricto). Por tanto, la noción de intersubjetividad está en relación de género a especie con la de racionalidad y la de ciencia.

Racionalidad y método.- Más atrás quedó señalada la diferencia entre razonamiento y racionalidad. También vimos que es su condición de racionales, en el sentido apuntado, lo que permite definir a los métodos propiamente dichos, científicos. Ahora bien, corresponde aclarar que no todo razonamiento racional constituye de por sí, necesariamente, un *método* (en dicho sentido). El método es siempre racional, pero lo racional no es siempre metódico. Cuando el pensamiento racional corresponde a un método, ese pensamiento se ajusta al marco de un *plan* intersubjetivo, o sea, queda sujeto a un sistema de reglas que son unívocas y fue preestablecido, un procedimiento *estandarizado* para alcanzar el fin perseguido. Quiere decir que racionalidad y método se hallan, también ellos, en relación de género a especie.

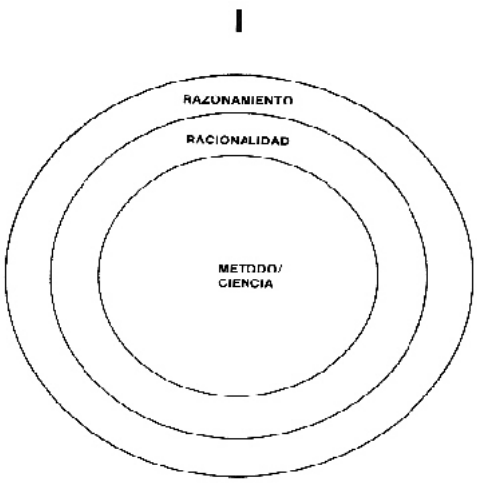
Método y ciencia.- Definiéndola en la forma más apretada, puede decirse que ciencia es: el saber teorético-sistemático, intersubjetivamente comunicable e intersubjetivamente controlable -un saber que, en la actualidad, suele ser muy complejo y sofisticado-. Según que dicha intersubjetividad sea la fuerte o una más débil, tendremos, respectivamente, ciencias en sentido estricto o en sentido amplio (*infra*, VIII: cfr. esp. el párrafo que termina en la nota 31 y al final de dicho apartado). La necesidad de *método* está comprendida en esa definición, pues este saber se

exige que sea «controlable». Porque si el control ha de ser verdaderamente tal, tanto el de orden simplemente lógico (coherencia de lo teorético) como el de carácter empírico (contrastación por la experiencia, falsabilidad), tendrá que estar a cargo de métodos precisamente. Quiere decir que no hay ciencia sin método (cfr. la cita de Moreno, *supra*.) Pero ello no significa que ambos sean una y la misma cosa, estas dos palabras no son meros sinónimos. Una ciencia es *más* que sus métodos, porque: *a)* De ella forman parte también ciertos elementos teoréticos que son más discutibles, dado que no resultan estrictamente controlables por la aplicación de los métodos aceptados; pero esos elementos guardan, de todos modos, una plausible conexión teorético-sistemática con conocimientos (otros aspectos teoréticos) de esa ciencia que sí son controlables; y además, inclusive aquéllos son intersubjetivamente comunicables. *b)* Más aún, cabe señalar que en general los saberes de una ciencia no consisten en sus métodos simplemente; no es lo mismo un procedimiento de prueba -el *medio* («test») para llegar a la verificación o falsación- que lo así probado, aunque desde luego hay estrechas relaciones entre ambos extremos. Por otro lado, si se examina bien nuestra noción de método (*supra*, II), se apreciará que, definido así, puede haberlo hasta en procedimientos que emplean quienes no son científicos, pues en esa definición (*ibíd*.) no se dice que quien aplica el procedimiento ha de tener asimismo el conocimiento *teorético-sistemático* respecto a lo que está haciendo. Por ejemplo, se suele aprender el método para manejar un automóvil o para usar una computadora, sin saber científicamente por qué eso funciona así, o puede decirse, inclusive, que una receta de cocina es el «método» para preparar determinado plato, que hace falta «método» para pescar, etc., ya que en todos esos casos hay un plan de conducta y un resultado intersubjetivos. Significa que es posible la aplicación de métodos sin que, en realidad, quien lo hace esté llevando a cabo una verdadera labor científica. Cabe distinguir entre método científico y método vulgar, llegado el caso. Ambos son intersubjetivos, tanto en lo que respecta a los pasos del procedimiento mismo como a la efectividad («bondad») de su resultado; pero el primero, a diferencia del segundo, forma parte de un conocimiento muchísimo más complejo, teorético-sistemático, y es aplicado en calidad de tal (*supra*). En conclusión: si hablamos de «método» sin hacer esa diferencia, resulta que método y ciencia son, como conceptos, círculos secantes; en cambio, si nos referimos sólo a métodos *científicos*, advertimos que éstos constituyen, respecto a la ciencia en general, sólo un aspecto -aunque fundamental- de ella, o sea, que

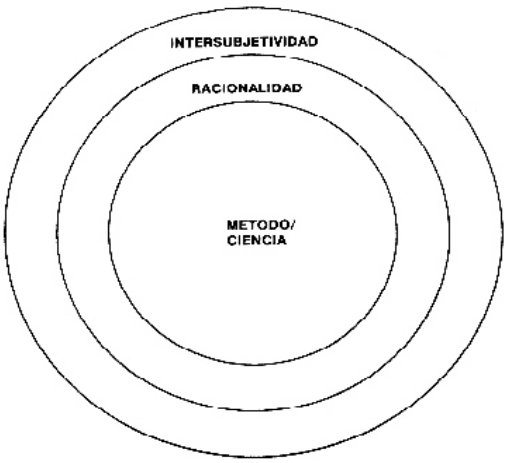
el método no es más que *parte* de la ciencia (y esto, tanto, si los dos términos se toman en sentido estrecho como en sentido amplio: *infra*, VII *in fine*).

En cuanto a la idea de ciencia que aquí se presupone, cfr. la breve presentación ofrecida por Stegmüller (para no mencionar exámenes más pormenorizados, que el lector hallará por doquier) y el § 2 de Horak; además *vid*. Atienza (*Introducción*...), 4.3 (esp. págs. 218-224), que resume otros elementos de la discusión -ideas de Kuhn, Feyerabend y Lakatos-, pero sobre los cuales no hay necesidad de pronunciarse en el marco del presente estudio (*supra*, nota 8).

Las precisiones efectuadas pueden hacerse gráficas de la manera siguiente:



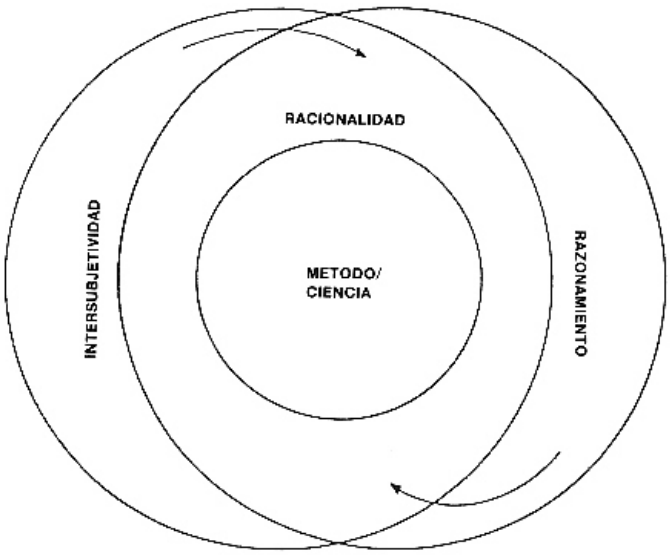
II


INTERSUBJETIVIDAD
RACIONALIDAD
METODO/
CIENCIA

III

RAZONAMIENTO (pensamiento discursivo)
asaptación al fin,
intersubjetividad
RACIONALIDAD
reglas, plan
METODO/CIENCIA

IV



La figura IV representa una combinación de las figuras I y II; el esquema III equivale a la figura IV.

VI. LA CUESTIÓN DEL FUNDAMENTO: TIPOS, OPCIONES

Cualquier razonamiento, y asimismo, por tanto, el empleo de métodos, tienen unos fundamentos. También este término es ambiguo. En sentido amplio, fundamento es la cadena entera de las relaciones de principio a consecuencia que preceden (desde el punto de vista lógico) a la conclusión final, es decir, todo el discurso que sirve para justificarla, todas las razones en que ésta se «basa»; pero en sentido estricto, el fundamento de un razonamiento no es sino su premisa inicial, no las restantes que se apoyan sobre la (o las) inicial(es) y que junto con ésta lleva(n) a

la conclusión final. Por otro lado, se dice «fundamento», tanto para referirse al *acto* intelectual de fundamentar (punto de vista dinámico) como asimismo para señalar las ideas *mismas* utilizadas con ese fin (punto de vista estático). Nosotros tomamos ese término de acuerdo con su sentido estricto y estático; no obstante, incluso si la palabra se entendiera en sentido amplio y según el punto de vista dinámico, eso no conllevaría diferencias importantes para lo que aquí se quiere explicar.

Este término es polisémico también en otros respectos.[18] Por ejemplo, se dice «fundamento» para hacer referencia a un principio, o sea, en el sentido de un punto de partida lógico del cual se puede deducir -lógica constrictiva- ciertas consecuencias. O se le encara como razón de un conocimiento, como aquello que está en condiciones de justificar la verdad de un juicio; y éste aparece, entonces, ya sea como apoyado en la verdad de otro juicio admitida de antemano, ya sea como sostenido por un recurso directo a la evidencia de la situación de hecho afirmada. O puede tratarse de una *causa* eficiente, la razón de un devenir, aquello que va a producir ciertos acontecimientos (efectos) en la realidad. O bien, en fin, se alude a la *razón de ser* de una cosa, a su «esencia» -fundamento ontológico-, indagación que se dirige a un sentido de tipo metafísico. Por lo demás, no sólo se discute si tiene fundamento un juicio, sino que también se dice que la legitimidad de conductas ha de estar debidamente fundada; sin embargo, en este último caso no son los actos mismos los que tendrán un fundamento, sino que éste pertenece, en rigor, a la *opinión* según la cual esos actos están justificados.

Pienso que, por lo que hace al razonamiento de los juristas, basta con atender al papel que allí juegan tres tipos principales de fundamentos:

-enunciados que contienen una afirmación de *hechos*;

-juicios de *valor*;

-proposiciones que se toman como *axiomas*, sea cual fuere su contenido,[19] para servir como base de deducciones estrictas.

(También puede haber, desde luego, premisas que contengan

[18] Cfr. Lalande (voz *Fondement*) y sobre todo Röd (*passim*).

[19] Como contenido referencial de tales proposiciones podría caber incluso un hecho o una valoración, pero entonces tomados (ahí) como axiomas, o sea, no en tanto que afirmación de hechos o de un valor en cuanto tal.

una combinación entre afirmaciones sobre hechos y valoraciones, incluso como base de la cadena ilativa.)

Por tanto, las relaciones de principio a consecuencia que se entienden dadas en función de tales juicios, presuponen respectivamente tres tipos de fundamentos:

-Según una dirección de sentido *fáctico* (relación de causa a efecto o de medio a fin, probabilidad): el fundamento es una causa o un fin, lo fundamentado es (respectivamente) un efecto o un medio.[20]

-Según una dirección *axiológica* (vínculo de valor, fines en cuanto valores, jerarquía valorativa): el fundamento es un valor o la valoración de una cosa, lo fundamentado es el valor de algo que de cierta manera corresponde a aquello otro.[21]

-Según una dirección puramente *lógico-formal* (deducción estricta, inferencia constrictiva): el fundamento son aquellas premisas de las cuales la conclusión, así fundamentada, se pueda deducir mediante la mera razón formal.[22]

---

[20] Esto es: el fundamento (A) de cierta cosa (B), ahí está dado por algo (A) que en la realidad sirve para ocasionar (A = causa) aquella cosa (B), o algo que podría ser alcanzado (A = fin) por medio de ella (B). [Aclaración: aunque a B le llamamos «cosa» y a A lo calificamos simplemente de «algo», eso no quiere decir que A no pueda ser tan «cosa» como B. Esta aclaración vale también para las dos notas que siguen.]

[21] Esto es: el fundamento (A) de cierta cosa (B, que es valiosa), ahí está dado por algo (A: un valor propiamente dicho, o lo que se tenga por una encarnación -más o menos adecuada- de ese valor, o en general lo que son valoraciones) tal que aquella cosa (B) pueda considerarse que en cierta manera corresponde a este «algo» (A). [Acotación: en verdad, sería mejor decir siempre *valoraciones* en vez de «valores», lo cual evita incurrir en un prejuzgamiento (implícito) respecto a la naturaleza ontológica de tales fenómenos de la conciencia; si nos referimos simplemente a «valoraciones», nada decimos, ni a favor ni en contra, sobre si a ellas corresponden o no, como correlato objetivo, unos *entes* (valores) que realmente tengan existencia propia más allá de la subjetividad de quienes efectúan esas valoraciones -discusión filosófica acerca del carácter subjetivo u objetivo, relativo o absoluto, de los llamados «valores»-.]

[22] Esto es: el fundamento (A) de cierta cosa (B: *conclusio*), ahí está dado por algo (A: premisas) de donde aquella cosa (B) puede ser deducida por la razón formal; tanto A como B son en sí mismos, aquí, unas formaciones lingüísticas, y pueden referirse ya sea a objetos reales o ideales, o incluso a cosas imaginarias. [Aclaración: también en los casos contemplados en las dos notas anteriores tenemos que vérnoslas con unas «formaciones lingüísticas», precisamente aquellas mediante las cuales se formulan tales razonamientos; pero allí, a diferencia del tipo de razonamientos a que corresponde esta nota, dichas expresiones lingüísticas se refieren necesariamente a unos datos que -según se entiende-

Es obvio que según cual sea el tipo de fundamento tomado en cuenta, el género de relación ilativa considerado es distinto, la conclusión estará fundamentada (justificada) de otra manera. Empero, cabe reiterarlo, a menudo esos tipos aparecen combinados en un mismo razonamiento. Por ejemplo: partiendo de un juicio de valor, el pensamiento que se dirige a la realización de ese valor querrá ser no-contradictorio (implicación lógica) y deberá tener en cuenta también circunstancias de la realidad (facticidad).

Excurso: racionalidad teleológica (racionalidad «formal»).- Entre los tipos que se acaban de indicar no aparecen mencionados de modo expreso, por su nombre, los fundamentos de carácter *teleológico*: fines, objetivos, metas. Es porque tales fundamentos caben, según la manera en que sean encarados, ya sea entre los de tipo axiológico o bien entre los que enuncian cuestiones de hecho (unas relaciones de causa a efecto). Cuando de lo que se trata es de saber si algo debe o no ser admitido como finalidad, o como encarnación de un fin, el punto en examen es cual sea el *valor* (valoración) que corresponde aceptar para ese «algo» (la cosa examinada). Si, en cambio, de antemano se enfoca tal o cual cosa, ya como un fin (sea bueno o malo), y si la pregunta es sólo cuáles son los *medios* prácticos para realizar dicha finalidad presupuesta, entonces el razonamiento aplicable persigue una dirección que es meramente la de obtener información sobre datos de orden *fáctico*; no se trata, ahí, más que de conocer las causas eficientes capaces de tener como efecto los fines del caso, con vistas a poner en juego (o a evitar) dichas causas para alcanzar (o evitar) tales objetivos. Quiere decir que, en definitiva, la racionalidad de carácter teleológico puede siempre ser reconducida a fundamentos de tipo axiológico o fáctico. En la terminología de Max Weber, a estos dos tipos corresponden respectivamente la racionalidad *material* y la racionalidad *formal*: la primera, racional con arreglo a valores -*Wertrationalität*-; la segunda, racional con arreglo a fines -*Zweckrationalität*-. Si se usa tal terminología, la racionalidad llamada «formal» no sería sino *una* de las especies que caben dentro del concepto general presentado más arriba (ver a la altura de nota 13; y cfr. también la nota 9). Sin embargo, también ese concepto general es, bien mirado, sólo una definición *formal* de la racionalidad, todo él, ya que no ofrece criterios de contenido: no especifica

están más allá de ellas, de modo que entonces el fundamento y lo fundamentado no son, en sí mismos, aquellas expresiones sino esos datos (extralingüísticos) de que éstas hablan.]

cuáles son las cadenas ilativas en cuestión, ni *cuál* es el fin de conocimiento perseguido, ni cuáles son las conclusiones así obtenidas; sólo indica un cierto orden de relaciones entre estos tres aspectos, en un marco global de intersubjetividad. Así, aunque nuestra definición general de «racionalidad» es *toda* formal, en su interior caben distintas clases de ella, según los respectivos fundamentos. Y una de esas clases es la forma de racionalidad teleológica que se conoce *específicamente* bajo el nombre de «racionalidad formal», cuando estos dos términos son tomados en su acepción *más* restringida.

* * *

El exigir que se dé un fundamento constituye la esencia misma del pensamiento racional, e inclusive del que simplemente quiere ser razonable. La cuestión del fundamento surge por el hecho de pedir un «por qué» para un juicio. Ese «por qué» puede, como acabamos de ver, ser entendido de distintas maneras, pero la respuestas siempre será, en definitiva, algún otro juicio (fundamento) que se refiera a tal o cual cosa. También es posible no darse por satisfecho con dicha respuesta, o sea, pedir incluso un «por qué» respecto a ese segundo juicio: un fundamento (II) para aquello que en la primera respuesta se propuso como fundamento (I), esto es, preguntar por un *fundamento del fundamento*. O hasta cabe que alguien requiera un fundamento (III) para el fundamento (II); y así sucesivamente, hasta el infinito. La cadena de los fundamentos -fundamentos de fundamentos- es virtualmente inagotable.

Por tal virtualidad, el punto de partida de todo razonamiento constituye, de hecho, una *ruptura* en la cadena de los fundamentos posibles. El razonamiento se detiene allí en el fundamento *n*, aceptándolo como suficiente, a pesar de que resulta siempre posible (hipotéticamente) pedir que se proporcione todavía un fundamento n + 1 para considerar aceptable *n*. Por otra parte, asimismo es cierto que una conclusión puede ser fundamentada de modos diferentes, mediante distintas cadenas de razonamientos, aun entre las del mismo tipo. Por ejemplo: un hecho puede tener varias causas, de las cuales sólo algunas son conocidas o mencionadas; una conducta puede ser justificada en función de distintos criterios de valor, etc.

Por ende, el hecho de elegir un fundamento determinado, de apoyar una conclusión sobre *un* razonamiento dado, siempre comporta cierto grado de arbitrariedad: ¿por qué tomar como base el fundamento A en vez del fundamento B? En última instancia,

esa elección se remite a un *consenso*. Se piensa que es legítimo -que tiene el carácter de indiscutido e indiscutible- el fundamento elegido, porque se está (o se cree que hay que estar) de acuerdo en cuanto a él.[23] Y este acuerdo responde a la finalidad, sea de conocimiento o práctica, perseguida mediante el método correspondiente. Así, por ejemplo, la posibilidad de alcanzar una interpretación metódica de las leyes, suponiendo que tal cosa sea viable, dependerá del hecho de elegir para ella unos fundamentos bastante intersubjetivos.[24]

En conclusión: cualquier método se basa en ciertos fundamentos, y éstos son el resultado de una opción que depende del fin de conocimiento que se persiga mediante la aplicación de dicho método. A menudo esta elección se produce de manera más o menos inconsciente, lo cual sucede sobre todo cuando esos fundamentos se presentan como verdades que parecen obvias, o sea, como unas *pre-comprensiones* respecto a las cuales no se advierte siquiera que son tales. No obstante, aun entonces estamos en presencia de una opción, aunque sea tácita, ya que siempre sigue siendo posible (hipotéticamente) preferir un fundamento distinto y cambiar de método.

---

[23] No tenemos necesidad de interrogarnos aquí sobre la manera en que dicho consenso consigue establecerse, ni acerca de las condiciones en que pueda ser revisado (cosa que varía de un dominio a otro). Todo ello depende de múltiples circunstancias empíricas: técnico-científicas, psicológicas, sociológicas, etc. (cfr., por ejemplo, los distintos puntos de vista expuestos en Lakatos/-Musgrave). Lo que arriba se subraya, son simplemente algunos rasgos de la estructura de la racionalidad en general, aspectos que pueden ser aplicables también al derecho. En cuanto al carácter siempre *provisorio* que, para una «racionalidad crítica», tiene cualquier fundamento -y, por ende, también los razonamientos y conclusiones basados en éste-, cfr. los trabajos de Albert.

[24] Ésa es, precisamente, la idea central de la Tesis en que se origina este estudio [cfr. *supra*, la nota inicial: (*)]. Y a dicha idea respondía también un trabajo mío anterior, donde presento un cuadro general de figuras tradicionales del pensamiento jurídico, tratando de señalar sus respectivos presupuestos racionales: *Esquemas metodológicos en la interpretación del derecho escrito*. La versión más detallada de esa idea, como principio heurístico, es mi estudio: «Apuntes sobre el lenguaje jurídico (III): Alternativas para el intérprete», en *Revista de Ciencias Jurídicas*, núm. 39 (septiembre-diciembre, 1979), págs. 153-258, Universidad de Costa Rica-Facultad de Derecho/Colegio de Abogados, San José.

VII. EL «CÍRCULO» DE LA INTERSUBJETIVIDAD METÓDICA. CONDICIONES ESENCIALES DE LA RACIONALIDAD QUE CARACTERIZA A LOS MÉTODOS PROPIAMENTE DICHOS

La intersubjetividad puede alcanzar a un sector más o menos amplio de personas, y en cada disciplina no se refiere más que a tales o cuales aspectos de los objetos. Si tenemos en cuenta esas limitaciones, como así también el carácter relativo de todos los fundamentos, es evidente que no existe *la* racionalidad o el método, sino únicamente *unas* formas racionales y *unos* métodos, pues aquellas y estos son tales sólo *para* un género de casos y *para* un círculo dado de gentes. Este círculo podría acaso, potencialmente, abarcar a la humanidad entera, pero en la práctica se trata, por lo general, de grupos mucho más restringidos: un pueblo, una colectividad religiosa o política, un sector profesional, los aficionados a cierto deporte o a determinado género artístico, etc. En el caso de las ciencias, se trata siempre de unos métodos-*para*, racionalidad dentro de un grupo de expertos, o por lo menos de conocedores.

Hay método, pues, allí donde la legitimidad de los pasos que integran ese procedimiento estandarizado se reconoce intersubjetivamente en el *círculo* que lo emplea, piensen lo que piensen (o aunque no lleguen a pensar nada) al respecto cualesquiera otras personas. Basta con que el razonamiento que sirve para conformar el método pueda ser seguido en forma análoga y disponga de *igual fuerza ilativa* en el interior de dicho grupo, es decir, *para* los especialistas de la disciplina en cuestión.[25] Eso no quita, por supuesto, que una persona pueda pertenecer a más de uno de dichos círculos y que estos puedan ser más amplios o menos amplios. Los círculos se entrecruzan, ya que lo que determina cuál será la extensión de cada uno, quienes forman parte de él,

[25] La intersubjetividad de los procedimientos metódicos ha de poder alcanzar en principio a todos los miembros del círculo. Sin embargo, podría entenderse que incluso se tengan allí por válidos, desde el punto de vista metodológico, ciertos resultados que sólo la amplia mayoría del círculo acepte, aunque una minoría de él los cuestione; pero esto, nada más que para algunos casos *excepcionales* que en el círculo se reconocen como discutibles (o sea, cuando la mayoría misma admite, al respecto, que la opinión discrepante de una minoría no es absurda en relación con el método aceptado por todos). Si no fuera así, si los procedimientos ya no estuvieran en condiciones de producir *habitualmente* un acuerdo *general* dentro del círculo, entonces no constituyen un método *propiamente dicho*; en el mejor de los casos, podrían entonces ser método en sentido *amplio*, unas vías para lo razonable y no de lo racional (*infra*, VIII).

no es otra cosa que el poseer los conocimientos de la disciplina respectiva. Conviene aclarar que la expresión «círculo» o «grupo», tomada en tal sentido, no implica la necesidad de que haya alguna organización de tipo institucional (con autoridades, reglamentos, etc.) en que se unan sus miembros, y ni siquiera suele ocurrir que todos ellos se conozcan de alguna manera entre sí, sino que se trata, simplemente, de una vinculación de hecho en el plano intelectual: compartir determinados conocimientos, la posibilidad de que sus miembros se *entiendan* unos con otros -¡intersubjetividad!- en la eventualidad de que lleguen a entablar un diálogo al respecto.

En función de todo lo señalado, resulta que lo racional admite *gradaciones*. El grado de la racionalidad depende de tres condiciones esenciales:

a) determinación del *círculo* de personas a las que se considera capacitadas para juzgar sobre la legitimidad de los razonamientos en cuestión, es decir, poder distinguir netamente *quiénes* son los individuos que deben estar de acuerdo -o cuando menos no estar en desacuerdo- para que ahí haya intersubjetividad;[26]

b) precisión de los *aspectos* respecto a los cuales ha de producirse ese acuerdo;[27]

c) indicación de un verdadero *procedimiento* de control, esto es, de los medios intelectuales concretos que hay que aplicar, llegado el caso, para comprobar, de manera *unívoca*, que allí la intersubjetividad existe efectivamente entre los sujetos que deseen efectuar tal control y que ella se refiere en realidad a los aspectos relevantes.

Para saber en qué medida estas condiciones se cumplen respecto a un procedimiento dado, o sea, cuál es su *grado* de racionalidad, no es sino la práctica misma de dicho procedimiento la que puede proporcionar la respuesta. Estamos ante un método *propiamente dicho*, si las tres condiciones resultan estar, de hecho, lo suficientemente precisadas como para que los equívocos

---

[26] El círculo de personas para las que un conocimiento racional es intersubjetivo, en una hipótesis límite podría estar integrado por sólo dos individuos, siempre y cuando éstos coincidan en forma general respecto a la apreciación de los resultados de determinados procedimientos. Mas podemos prescindir de tal hipótesis, ya que las discusiones sobre métodos no se refieren nunca a ejemplos tan extremos. Aquí pensamos sobre todo en «círculos» de tipo profesional, o, en general, los de gentes (muchos) que comparten cierta formación intelectual.

[27] Por ejemplo, si el objeto de conocimiento es la conducta humana, ésta puede ser enfocada desde distintos puntos de vista: moral, derecho, resultados meramente útiles, etcétera.

acerca de la existencia efectiva de intersubjetividad se encuentren descartados en la mayoría de los casos para los cuales ese método debe ofrecer una solución aceptable. He ahí el tipo de racionalidad que caracteriza a los métodos científicos.

Agrego dos precisiones. 1) El no reconocer como «válida», para juzgar acerca de la aplicación de un método, sino la opinión que emana de un círculo de especialistas, no es otra cosa que una comprobación realista sobre cómo funciona el discurso científico: puesto que la aplicación del método exige que se conozcan sus reglas racionales, o por lo menos una parte de ellas, eso queda, en general, sólo en manos de quienes han efectuado estudios de la disciplina respectiva. 2) Al decir que se trata de intersubjetividad *metódica* -no, pues, de una intersubjetividad cualquiera-,[28] con eso se subraya que es esencial, para que la haya, que en el «círculo» sea posible ponerse de acuerdo precisamente sobre las soluciones concretas obtenidas por la aplicación (en cada caso) de ese método.

VIII. LO RACIONAL Y LO RAZONABLE

a) *Cuatro planos del pensamiento*

Cabe distinguir, teniendo en cuenta los desarrollos precedentes, cuatro planos del

I. pensamiento:razonamiento lógico-formal, constrictivo en el más alto grado

racionalidad, posibilidad de método

II. razonamiento sólo plausible pero intersubjetivamente controlable

[28] Recuérdese lo señalado más atrás, al comienzo del presente apartado: la intersubjetividad puede ser tal en mayor o menor grado, ser científica o no científica, etc. Véase también *supra*, en el apartado V, el párrafo «Racionalidad e intersubjetividad».

III. razonamiento sólo razonable, plausible pero no intersubjetivamente controlable

sin posibilidad de método (propiamente dicho)

IV. «razonamiento privado», simple «lógica de los sentimientos» o intuición puramente personal

Para el derecho, en la medida en que pueda ser objeto de discursos verdaderamente metódicos, sobre todo importaría lo que a él se pueda integrar del plano II. Aquí hemos estado usando las palabras «racionalidad» y «racional» de acuerdo con este último sentido, estricto; quiere decir que, para nosotros, el grado de racionalidad del derecho dependería, justamente, de la medida en que *ese* tipo de razonamientos se dé en el discurso de sus operadores. Otros, en cambio, opinan que son principalmente unos razonamientos del tipo III los típicos del pensamiento jurídico; y esto, tanto respecto a lo que el derecho ya *es* (su práctica, tal y como ella se da efectivamente en la realidad, y también su doctrina científica dominante, su dogmática), como asimismo en cuanto a lo que él *pueda* y *deba* ser. Este punto de vista, compartido por todos aquellos que pregonan la «tópica», la «dialéctica», la «argumentación», la «hermenéutica», etc., pone todo su énfasis en lo que puede llamarse: el plano de lo razonable.

Los partidarios de estas últimas posiciones subrayan que el razonamiento jurídico, y en general las «ciencias del espíritu», no pertenecen al dominio de los razonamientos que son lógicamente constrictivos, sino al de lo simplemente *probable*. Es el campo de lo plausible, del más-o-menos, de lo fuerte y lo débil, de una «balanza» de argumentos: cuestión de un «arte», más bien que de métodos... Así, ellos suelen plantear las cosas de manera tal que la problemática parece quedar confinada a la alternativa siguiente: dado que los razonamientos moral, jurídico, etc., no pueden caber en el plano I, no quedaría ninguna otra salida, si no queremos que sean abandonados a lo irracional (plano IV), que reconocerles una clase de racionalidad que les es propia, lo «razonable». Y de ahí que cuando esos autores emplean la palabra «método», lo hacen tomándola de acuerdo con unos sentidos muy amplios.[29]

[29] Las razones que se acaban de recoger son, sobre todo, aquello en que más insiste Perelman (cfr. también *infra*, el punto 2 del Apéndice). Otros autores

No voy a discutir que se le puede *llamar* «racional» hasta a tal tipo de pensamiento, o a cualquier otra cosa, ni examinaré aquí si él difiere verdaderamente, en el fondo, de lo que pueda ofrecer el plano IV, el de la irracionalidad (o, en todo caso, una no-racionalidad; cfr. *infra*, la nota 36). Basta con subrayar, una vez más, que no es por pertenecer al campo de lo probable que lo razonable se distingue de lo racional, sino por el carácter *intersubjetivo* de los criterios de probabilidad que se aplican para apreciar la legitimidad de los razonamientos de este último tipo. En el campo de lo probable tiene cabida, además de lo razonable, también la plausibilidad de lo racional. Por tanto, el modo en que los topicistas, hermeneutistas, etc., muestran las cosas plantea una falsa alternativa. Porque entre los planos I y IV no está sólo el plano III, *¡sino también el plano II!* Y justamente este último es el que podría alcanzar la mayor importancia en el derecho. Los alegatos en favor de lo razonable disimulan la existencia del plano II, pues no discuten sino las posibilidades de los planos restantes, en especial para subrayar que la disyuntiva de lo viable se agotaría en una opción entre el III y el IV.

En el plano II, la plausibilidad (o la falta de plausibilidad) de las conclusiones obtenidas se encuentra unívocamente reconocida por los miembros del «círculo» que examinen el caso de que se trate. En cambio, respecto a lo que es sólo razonable, lo común es que, en el interior mismo de un círculo dado, unos consideren que es A y otros que no-A es lo más plausible. No obstante, podría decirse que lo razonable ofrece, así y todo, cierta intersubjetividad, *algún* grado de acuerdo, ya que se trata de unas razones que las reconocen como legítimas *distintas* personas. A los ojos de éstas, que pueden formar parte de un «círculo», tales razones se presentan justamente como «razonables», o

---

-Gadamer y Habermas, por ejemplo- presentan las cosas de manera, puede decirse, menos «laica», se valen de unos marcos de referencia más bien románticos o utópicos. En cuanto a la idea de «método» en sentido amplio, cfr. la nota 2, *supra*, y lo que dice Larenz (pág. 507): «El término 'método', tal como es entendido en este libro, quiere decir un procedimiento ordenado de pensamiento, que se lleva a cabo con ciertos pasos, sin que sea preciso ciertamente que entre ellos exista una conexión de derivación lógicamente obligante. Pero, como quiera que en otras ciencias se exige una tal conexión, fácilmente se enlaza a la palabra «método» la idea de que esa conexión se presupone aquí, y esto puede ser una de las razones de que recientemente más de uno prefiera la expresión 'Teoría de la argumentación' al término 'Metodología'. Aquélla suena a incompromiso, especialmente si se enlaza con la palabra clave «Retórica», y afecta sobre todo al procedimiento ante un tribunal.» [Sobre Perelman, cfr. Blanché (cap. XIV) y Villey (*Nouvelle...*). Además *vid*. la nota 31, *infra*.]

inclusive como «racionales». Pero, a diferencia del razonamiento racional, los argumentos razonables no resultan *igualmente* plausibles para la generalidad de los que pertenecen al círculo en cuestión. Más: en la mayoría de esos casos, el círculo no está ni siquiera bien delimitado como tal, sus fronteras son muy indeterminadas. Para una racionalidad, en cambio, el círculo respectivo está *pre*-establecido, se determina en función de criterios de selección bastante claros, sobre todo el de la especialización profesional. No pasa así con el círculo de quienes puedan suscribir los argumentos simplemente razonables. No se llega a fijar quiénes son los miembros de este círculo sino en el momento mismo en que se pueda comprobar cuáles son las Personas que están *actualmente* de acuerdo con dichos argumentos, lo cual es imposible saber de antemano. Además, aunque se dé por sentado que estos argumentos son para un «auditorio» muchísimo más amplio que el recuento de aquellas personas que de hecho llegan a conocerlos y aceptarlos, lo cierto es que nadie puede saber si tales o cuales individuos estarían en realidad de acuerdo en formar parte de ese auditorio (ampliado); de ahí que, en definitiva, el círculo no estará *nunca* bien delimitado, y ni siquiera *a posteriori*. La apreciación sobre el carácter más o menos razonable de una argumentación de ese tipo queda remitida, así, al juicio de no se sabe exactamente quién o quiénes: por ejemplo, al «auditorio universal» de que nos habla Perelman,[30] o a la situación «ideal» (trascendental, ¡pero contrafáctica!) de comunicación que nos pintan Apel y Habermas.

Con lo dicho, no pretendo negar que hay diferencia entre lo razonable y lo irracional (*infra*, nota 36). Pues lo razonable tiene, a pesar de todo, cierta intersubjetividad, como ya señalé. En efecto, lo que sea razonable es algo que, para ser tal, debe no carecer *por completo* de intersubjetividad, si tomamos este término en sentido amplio (*supra*, nota 28). Empero, a diferencia de lo racional, ésa es una intersubjetividad *débil*, la de un círculo con fronteras muy indefinidas. *Esta* intersubjetividad sirve, de todos modos, para marcar una diferencia importante entre lo razonable y los razonamientos puramente subjetivos, así como frente a lo irracional en general. Los desacuerdos sobre qué sea, en su caso, más razonable o menos razonable, no impiden que

[30] En otros sitios he presentado observaciones críticas más detalladas acerca de ese tipo de posiciones: cfr. los estudios mencionados en las notas 7 y 14, supra, y sobre todo (en cuanto al punto específico que se discute arriba: círculos, auditorios) mi artículo *Rationalität der Autoritäten*... Vid. también la nota siguiente.

quienes opinan al respecto puedan tal vez estar de acuerdo por lo menos, todos o casi todos ellos, en reconocer que las soluciones en torno a las cuales se discute son *relativamente* aceptables, unas y otras: que ellas no son puramente absurdas, irracionales. Las discrepancias allí no se referirían, pues, al carácter *genéricamente* razonable de las razones discutidas, sino sólo al *grado*, a la medida en que éstas son (más o menos) aceptables, ellas tendrían *todas*, para *todos* los que forman parte del círculo, un *mínimo de credibilidad*. En tales condiciones, y si el círculo queda fijado de manera bastante neta, por ejemplo, si se trata sólo de juristas profesionales, sus desacuerdos no excluyen cierta intersubjetividad -lo razonable- de aquello que todos los del círculo puedan reconocer como más o menos plausible. Una intersubjetividad de este tipo (débil) es la que por lo habitual caracteriza los argumentos que se utilizan en las discusiones jurídicas, razón por la cual es justo afirmar que, en efecto, no son propiamente irracionales. Más bien se podría pensar que no hay por qué darse por satisfecho con un grado tan bajo de intersubjetividad, sino tratar de someter el razonamiento jurídico, en la mayor medida posible, al uso de argumentos *estrictamente* racionales, metódicos (en sentido propio).[31]

Ahora bien, la controversia judicial está sometida a reglas de procedimiento, establecidas en los códigos respectivos, de las cuales no puede negarse que son netamente intersubjetivas, las respetan el juez y las partes. Teniendo en cuenta este hecho, ¿podría decirse que, en realidad, el derecho no presenta un grado «débil» de intersubjetividad? Hay que distinguir dos aspectos: *a)* las reglas procedimentales del juicio, *b)* las justificaciones allí invocadas para la solución de fondo. El primero de estos aspectos no regula otra cosa que la conducción *formal* del proceso: quiénes pueden ser protagonistas del juicio, el orden de sus etapas, qué tipos de medios de prueba son admisibles y en qué momento serán presentadas, etc. El segundo aspecto, en cambio, consiste en saber si una conclusión de derecho sustantivo -por ejemplo, la sentencia- es *verdadera*, o justa. Es cierto que para

[31] En su célebre estudio (1953), como consecuencia del cual se produjeron las apologías contemporáneas de un pensamiento *tópico* para el derecho, el propio Viehweg subrayó que la jurisprudencia, justamente en razón de ese carácter de «tópica» que es propio de ella, no puede constituir un verdadero método, sino nada más que un «estilo» (cfr., en el libro de dicho autor, el núm. 6/1 *in limine*). Sobre la «tópica», *vid.*: Kriele (cap. 5), García, Otte, Struck (*Topische...*) Y para la crítica de tales procedimientos en general, cfr. por todos el # 4 de Horak.

lo primero suele caber un buen control intersubjetivo, cuando menos entre juristas; esto es, intersubjetividad para apreciar la legitimidad de la sentencia en lo que respecta al cumplimiento, para dictarla, de las normas *procesales* aplicables en ese juicio. Pero esta legitimidad, aunque ambas partes no la cuestionen, no excluye que en el mismo juicio haya, por el contrario, discrepancias sustanciales -falta de intersubjetividad- por lo que hace al otro aspecto, el de aceptar (o no) como correcto el *contenido* mismo de dicha sentencia. Aunque las partes reconozcan que ésta ha sido regularmente dictada, y también en consecuencia, que es válida como producto judicial y que su resultado es obligatorio para ambas partes, eso no obsta a que, probablemente, la parte perdidosa esté convencida de que la solución dada por el juez *no* es la más «razonable». En síntesis: intersubjetividad respecto al procedimiento, pero no-intersubjetividad, o intersubjetividad muy «débil», respecto al fondo. Cuando digo que el discurso jurídico no es intersubjetivo, o que sólo lo es «débilmente», me refiero en lo fundamental a normas del derecho sustantivo, material, las que reglamentan asuntos de fondo de la convivencia social; y ni siquiera a todas ellas en la misma medida, ni para todos los casos, sino sólo a aquellas (pero son muchas) que se prestan a más de una interpretación por parte de los propios juristas, en tales o cuales respectos. Por esa falta de univocidad es que, puede decirse, los sistemas de derecho positivo no conforman, cada uno de ellos, un orden racional para el ordenamiento de la vida en sociedad, sino que simplemente ponen unas soluciones razonables -controvertibles y controvertidas- en manos de sus operadores.

Sin embargo, hay que tener presente que unos grados caben hasta para (dentro de) lo racional. Por ejemplo, la probabilidad de las leyes conocidas por las ciencias naturales es, desde luego, más firme que la de ciertos «patrones» racionales que Polya señala como aplicables incluso para la prueba judicial.[32] Lo que importa, en cada caso, es saber hasta qué punto un razonamiento dado tiene plausibilidad, y es para eso que el método proporciona, mediante sus reglas de aplicación, un medio racional de control. Quiere decir que una conclusión puede presentarse, por la aplicación de tales métodos, ya sea como más o como menos

[32] Polya ofrece numerosos ejemplos del razonamiento plausible en matemáticas y hasta presenta unos «patrones de inferencia plausible» (caps. XII y XIII) que son de aplicación en campos como el del derecho; la parte en que Polya se refiere más específicamente a éste es en la sección 13 (titulada: Sobre la prueba judicial) del cap. XIII, págs. 316 y sigs.

justificada racionalmente. Pero, repitámoslo, el grado -sea mayor o menor- de la plausibilidad de dicha conclusión es, en función del método (propiamente dicho) que sirve para controlarla, *unívocamente* comparable dentro del círculo. En cambio, la posibilidad de ese tipo de control falta respecto a todo aquello que no sea más que «razonable», como salta a la vista, por ejemplo, en las discusiones jurídicas.

Lo razonable *aspira* a la intersubjetividad propiamente dicha, pero no alcanza sino una intersubjetividad débil. Lo racional se esfuerza en alcanzar una intersubjetividad propiamente dicha (fuerte), *¡y la logra!*

En resumen:

-distinguimos entre intersubjetividad propiamente dicha, fuerte, e intersubjetividad débil;

-a esas dos clases de intersubjetividad corresponden, respectivamente, lo racional y lo razonable;

-lo racional permite la elaboración de métodos propiamente dichos, que lo son en sentido estricto, mientras que lo razonable sólo puede dar lugar, en todo caso, a unos métodos en sentido amplio;

-a su vez, estas dos formas de métodos caracterizan, respectivamente, a dos tipos de ciencias, esto es, las que son tales en sentido estricto y las que no lo son sino en sentido amplio (o amplísimo).

Excurso: las ciencias del derecho

Del último punto en especial, la cuestión del tipo de ciencia que es (o pueda llegar a ser) el discurso del derecho, me ocupo en el sitio indicado en la nota 41, *infra*. Ahí llego a la conclusión de que, si el discurso jurídico corriente es «ciencia», no lo es sino en sentido amplio, o amplísimo. [Véase también *supra*, en el apartado V, el párrafo «Método y ciencia». Y cfr. *infra*, el Anexo final.] Esa idea central, que el pensamiento de los juristas no constituye una ciencia en sentido *propio*, ha sido subrayada más de una vez desde mucho tiempo atrás, por distintos autores (Kirchmann, etc.) y desde variados puntos de vista.

Por ejemplo, un autor como Cowan considera que: «La situación de la actual ciencia del derecho es comparable a la de la medicina de hace cien años, vale decir, que es una mezcolanza de ciencia, filosofía y técnica. (...) En opinión del autor, la «ciencia jurídica» debería llegar a ser parte de una ampliada ciencia social, dado que ésta se asienta más firmemente en una base experimental. (...) En cierto sentido, el derecho se relaciona con las ciencias sociales como la medicina con la ciencia

biológica. De acuerdo con esta concepción, ni el derecho ni la medicina son ciencias en sentido propio. Más bien encarnan, ambos, conocimiento científico aplicado; son centros... [aquí siguen las palabras de este autor transcritas *supra*, a la altura de la nota 3]. (...) En la última centuria, sin embargo, la medicina ha roto completamente con esta tradición y en forma creciente recogió resultados de las ciencias experimentales. La expresión 'medicina científica' ha llegado a ser un contrasentido lingüístico, pues hoy 'medicina no científica' significa magia o superstición. En cambio, ¿qué pasa con el derecho? ¿Por qué unos conceptos como 'ciencia del derecho' o 'derecho científico' no se contemplan como contradictorios en sí mismos?» (págs. 161-162 -*loc. cit. supra*, nota 3-). Y dice Aurel David: «El jurista cumple, pues, igual tarea que el técnico (médico, arquitecto), pero lo hace de otra manera. La diferencia no proviene de la cosa, sino del método: el derecho obtiene sus reglas de conducta mediante un procedimiento que he propuesto llamar 'oscuro', en tanto que las conclusiones de las ciencias naturales son lógicas y 'claras'» (en *Studien und Materialien zur Rechtssoziologie*, pág. 154 -*loc. cit. supra*, nota 3-). Cfr. también supra, a la altura de la nota 3, las palabras de Radbruch.

Mas tampoco faltan quienes, por el contrario, entienden que el discurso de los juristas no tiene por qué inspirarse en el modelo de ciencias más exactas (Perelman). Y hasta se puede argumentar que también la teoría de éstas contiene, en realidad, indeterminaciones análogas a las del pensamiento jurídico (Poirier).

Por otro lado, habría que tener asimismo en cuenta que no estamos ante *una* (sola) ciencia del derecho, sino que de éste «se ocupan hoy una serie de ciencias diferentes: la Filosofía del Derecho, la Teoría del Derecho, la Sociología del Derecho, la Historia del Derecho y la Jurisprudencia ('Dogmática jurídica'), por citar sólo las más importantes. Todas ellas contemplan a su vez el derecho bajo un aspecto diferente; por tanto, de modo diferente. Esto no sería posible si el derecho no fuera realmente un fenómeno complejo, que se manifiesta en distintos planos del ser, en conexiones concretas distintas cada vez» (Larenz, pág. 177 -*vid*. todo el apartado que comienza en esa página-). Cabe distinguir, por ejemplo, entre los siguientes «saberes jurídicos», en función de sus respectivos, diferenciales, ángulos y formas de su aproximación científica (Atienza, *Introducción...*, cap. 5): Historia del Derecho, Derecho comparado, Teoría general del Derecho, Antropología jurídica, Psicología jurídica, Análisis económico del Derecho, Sociología del Derecho, Lógica jurídica, Informática jurídica, Filosofía del Derecho. Cfr. también Dieter Grimm (comp.), *Rechtswissenschaft und Nachbarwissenschaften* (Ciencia del derecho y ciencias vecinas), C.-H. Beck (Schwarze Reihe, núms. 142 y 143 -2 vols.-), Munich, 1976, donde se estudian las relaciones del derecho con las siguientes disciplinas: sociología, administración, economía, psicología, criminología, política, historia, lógica, lingüística, informática, irenología, finanzas, didáctica. Esa circunstancia, que hay *diferentes* ciencias del derecho, debiera ser tomada en consideración, tanto si se piensa que todas ellas

se refieren al fin de cuentas a un solo y mismo (aunque complejo) objeto-«derecho» como también si, en cambio, no hubiere tal objeto unitario, sino que cosas bastante heterogéneas son indistintamente subsumidas -y en común ontologizadas- bajo dicho nombre propio (la versión teorética más popular de esta ontologización es la llamada teoría «tridimensional» del derecho, de Miguel Reale).

IX. LO RACIONAL Y LO RAZONABLE

b) *El papel del «buen sentido»*

Los partidarios de lo razonable tienen razón, sin embargo, en un punto. No sólo es cierto que el pensamiento jurídico es distinto, básicamente, de los razonamientos lógico-constrictivos, sino también que la racionalidad científica no está, a decir verdad, en condiciones de dar cuenta *por entero* del contenido de una decisión destinada a resolver cuestiones de derecho (*supra*, I *in limine*).

En efecto, la solución jurídica puede ser también resultado de unos factores que no pertenecen al plano propiamente de la razón. E incluso si hacemos abstracción de esos factores, es decir, si suponemos que un jurista sea capaz realmente de permitir que a su pensamiento jurídico lo guíen nada más que consideraciones de orden racional, aun así resulta que en numerosos casos se encontraría ante alternativas que él no puede resolver con sólo recurrir a la racionalidad. Es posible que también ésta deje sin cerrar del todo un espacio que quedará librado a precisiones complementarias u opciones, que *no* se pueden decidir y fundamentar por medio de métodos. Se plantea el problema, pues, de ver cómo es posible justificar las soluciones a que se llegue respecto a esos puntos, cuestión que se presenta tanto en el derecho como fuera de él.

Cabe señalar, ante todo, que tales aspectos tienen su sitio, si nos atenemos a un pensamiento metódico, *dentro* del marco que les fije el discurso racional mismo. Para dicho tipo de pensamiento, esos aspectos no pueden ser sino *complementarios* en relación con (y subordinados a) aquello que sí pueda ser determinado racionalmente. Ellos se limitarán entonces a llenar unas «lagunas» en *el interior* del marco trazado por el método, pero no deberían jamás desbordar los límites de este marco, atentar contra lo que haya podido determinarse (legítimamente) por vías racionales.

Conviene tener presente aquí la distinción y las relaciones que Vaz Ferreira (págs. 201 y sigs.) señalara entre razonamiento

y lo que él denomina «instinto empírico» o «buen sentido hiperlógico».[33] Tal «instinto» viene simplemente en ayuda del razonamiento; no se sustituye a él, sino que está destinado a completarlo, en aquellos casos donde el razonamiento es impotente para llegar por sí solo a las soluciones finales. Esto se aplica a «cuestiones de grado». Ese «buen sentido» se desprende de la experiencia; es algo así como una síntesis, una concentración de experiencias, que sirve para señalarnos en forma aproximada, hacernos «sentir» más o menos, cuál es el grado más adecuado como solución.[34]

Límites del razonamiento: las cuestiones de grados

Dice Vaz Ferreira: «... la cuestión de grados no se puede resolver de un modo geométrico. Lo único formulable es esto: 'En pro, hay tales razones; en contra, tales otras; hay que tenerlas en cuenta, a unas y a otras; pensar y proceder sensatamente según los casos'» (pág. 175). «Ahora bien: *sería malo no razonar* (o razonar parcialmente; esto es, ver sólo uno de los dos razonamientos; ya hemos enseñado la conveniencia que hay en hacer los dos). El razonamiento es bueno. Pero por sí solo no basta, en esta *cuestión de casos y de grados*. (...) Se ve claramente la *cuestión de grado*: «hasta cierto punto», «no demasiado»; pero ¿dónde está *ese cierto punto*?; ¿cuánto es ése *demasiado*? ¿Cuáles son los límites precisos? Aquí, ya el razonamiento es impotente; lo que nos da la solución, sea en general, sea para cada caso, es la experiencia, cuando es posible; pero, cuando no es posible, es el instinto empírico, el instinto experimental que todos tenemos en mayor o menor grado, al que conviene no despreciar, y que completa el [al] raciocinio» (pág. 249). En tales casos, «lo más que podemos hacer en cuanto a raciocinio, es lo que ya hemos hecho, esto es: hacer los dos raciocinios, limitar el uno por el otro, y llegar a la conclusión de que debe haber algún punto, algún grado que sea el más conveniente o el más adecuado. Pero, ¿cómo puede resolverse cuál es ese grado? Únicamente por la experiencia. (...) Pero como en la vida práctica la experiencia en muchos casos no es posible, o no está a nuestro alcance, o no es cómodo realizarla, o no se ha realizado, sencillamente -faltando la experiencia, nos encontraríamos completamente desarmados en estos casos

[33] Mas el propio Vaz Ferreira señaló que estas denominaciones no le parecen muy felices, que las usa porque no ha podido encontrar otras que sean mejores, «Siento que no es bueno este término: el que habría deseado encontrar querría decir el buen sentido *en cuanto no es contrario* al raciocinio o a la buena lógica...» (pág. 248, nota l).

[34] Cfr. esp., en el libro de Vaz Ferreira, los caps. titulados «Pensar por sistemas, y pensar por ideas para tener en cuenta» (págs. 154 y sigs.) y «Valor y uso del razonamiento» (págs. 243 y sigs.); de allí fueron tomados los pasajes que se transcriben a continuación.

grados, si no tuviéramos lo que se puede llamar el *instinto empírico*, esto es, una especie de instinto que sale de la experiencia general, que es como un resumen y concentración de la experiencia, y que nos indica más o menos, que nos *hace sentir* aproximadamente cuál debe ser aquel grado más justo» (pág. 247).

Estamos, en tales casos, ante lo que Vaz Ferreira llama «el '*buen sentido hiperlógico*', esto es, esa especie de instinto lógico que, en las cuestiones de grados sobre todo (y muchísimas son cuestiones de grados, en la práctica), venía a intervenir después del raciocinio, o simultáneamente con él, para equilibrar los razonamientos opuestos, para mantener constantemente el juego de las múltiples ideas e impedir que una de ellas predominara indebidamente sobre las demás y nos llevara a la falsa sistematización» (pág. 171). Pero no se trata, ahí, «del buen sentido vulgar, o, mejor dicho, del buen sentido entendido vulgarmente, sino de otro buen sentido más elevado: del que yo llamaría buen sentido, no infralógico, sino *hiper-lógico*. El sentido común malo, ese que con tanta razón ha sido objeto de estigma de la filosofía y de la ciencia, el que ha negado todas las verdades y todos los descubrimientos y todos los ideales del espíritu humano, es el sentido común inconciliable con la lógica: el que no admite el buen razonamiento. Pero hay otro buen sentido que viene después del razonamiento, o, mejor, junto con él. Cuando hemos visto y pesado por el raciocinio las razones en pro y las razones en contra que hay en casi todos los casos; cuando hemos hecho toda la lógica (la buena lógica) posible, cuando las cuestiones se vuelven de grados, llega un momento en que una especie de instinto -lo que yo llamo el buen sentido hiperlógico- es el que nos resuelve las cuestiones en los casos concretos. Y sería bueno que la lógica no privara a los hombres de esta forma superior de buen sentido» (págs. 178-179). «Nótese bien que este instinto empírico no viene en lugar del razonamiento, sino *además* del razonamiento. (...) El instinto empírico gana con que el razonamiento le prepare las cuestiones: el razonamiento es completado por el buen sentido hiperlógico, controlador del raciocinio» (págs. 247-248).

«Los partidarios excesivos del razonamiento, los que creen que todo puede y debe formularse por el razonamiento, se equivocan, y se equivocan también, no hay que decirlo, los que pretenden prescindir del razonamiento con el instinto empírico. De esto depende, precisamente, que los espíritus falsos, como se ha observado, sean a menudo terribles razonadores: les falta ese control del sentido común hiperlógico. Muchas veces, son espíritus falsos, *no porque razonen, sino porque no hacen más que razonar*; no porque tengan una cosa, sino porque les falta otra» (págs. 251-252).

Y todo esto, que Vaz Ferreira señala respecto al uso del razonamiento en general, es aplicable también, desde luego, al caso (más específico) de la racionalidad.

Claro que la manera como Vaz Ferreira caracteriza a dicho «instinto» es un tanto vaga.[35] De ahí que, como él mismo lo subrayó, se trate de un dominio reservado justamente a un pensamiento *no* racional, a-racional, (no digo: *i*-racional),[36] *extra*-racional, no metódico. Sin embargo, también semejante «Instinto», puede a menudo llegar a unos resultados que sean compartidos en general, vale decir, que son más o menos intersubjetivos (aunque no provengan de un razonamiento); en tal caso él es, de todos modos, la forma más consecuente de avanzar en el camino ya «preparado» por el marco racional que así es complementado. Y para aquellos casos donde, en cambio, el «instinto» de unos no coincidiera con el de otros, caben dos soluciones: o aceptar el veredicto de la mayoría (del círculo de conocedores), o remitirse al «buen sentido» de un órgano al que se reconoce como competente para decidir (por ejemplo, los tribunales de justicia).

Pero, aunque tanto lo razonable como el instinto empírico significan unos medios no racionales, ambos no son la misma cosa. El instinto empírico, en cuanto «instinto», interviene de un modo que es puramente *intuitivo*, constituye una forma inmediata de conocimiento; mientras que lo razonable, de cualquier manera, se basa en un *razonamiento*. Cada uno de ellos se puede

---

[35] No obstante, prefiero acudir a lo que Vaz Ferreira explicaba ya en 1909, pues las observaciones del filósofo uruguayo conservan todavía, a pesar de (e incluso por) la modestia con que están expuestas, toda su validez. Ellas acarrean ciertamente mucha menos confusión que ciertas ideas actuales de los partidarios de la «tópica», la «hermenéutica», la «argumentación», etc.

[36] Pareciera que la palabra «irracional» evoca unos fenómenos de conciencia que no son simplemente distintos del pensamiento racional, sino hasta *anti*-racionales. Ahora bien, no hay por qué entender que el «buen sentido» o lo razonable impliquen por fuerza tal cosa, lo antirracional; salvo, desde luego, si ellos alcanzaran a *contradecir* (propiamente) unas comprobaciones racionales, pero no si, como dice Vaz Ferreira (*supra*, notas 33 y 34), más bien éstas resultan ser complementadas por aquéllos. [Análogamente, respecto al «elemento del *deber* hacer», tratándose del problema de la fundamentación de las normas jurídicas, Norbert Hoerster («Ética jurídica sin metafísica», trad. de Carlos de Santiago, en: Ernesto Garzón Valdés, Comp., *Derecho y Filosofía*, Fontamara 50, México, 1988, págs. 111-134) dice que «puede inducir a error en grado sumo el estigmatizar a este elemento... Es tan poco irracional (*anti*rracional) como, por ejemplo, el sentimiento de amor por una persona es, en tanto tal, irracional. Más correcto sería designarlo como *arracional*, es decir, no racional, extra racional» (págs. 119-120).] Por eso he preferido identificar esas otras formas, arriba, simplemente como «*no* racionales». Quiere decir que sólo quedan caracterizadas, ahí, por el rasgo negativo de no corresponder al plano II -sin ser tampoco del I ni del IV- y que no tienen por qué contradecir los resultados obtenidos en aquél. [Cfr. también Atienza (*Para una razonable...*), pág. 193 *in limine*.]

utilizar con independencia del otro, y con o sin referencia a lo racional, mas también pueden complementarse entre sí.

X. CONCLUSIÓN

He tratado de precisar, a lo largo de este estudio, una alternativa que objetivamente se le presenta al jurista: la opción entre lo razonable y lo racional. Deseo subrayar ahora mi propia opción, que sólo insinué en los desarrollos presentados. Pienso que deberíamos esforzarnos por incrementar en la mayor medida posible el control *metódico* de los conocimientos también en las «ciencias del espíritu». Y para los tipos de casos en donde no sea posible alcanzar una intersubjetividad racional de su tratamiento, pero *nada más* que en la medida en que esto resulte verdaderamente imposible, allí el método debería ser completado mediante lo razonable o por vías hiperlógicas -ya que entonces no queda otra solución disponible, salvo el entregarse a la irracionalidad pura y simple.

Para que se llegue a proceder así, fundamental es, sobre todo, que el jurista *quiera* realmente efectuar ese esfuerzo de restringir al máximo la necesidad de recurrir a lo que es sólo razonable. Entonces la invocación de lo razonable no podría continuar siendo proclamada como ideal del pensamiento jurídico, al tenor de escritos como los de Viehweg, Perelman, Gadamer, Kriele, etc. Tal medio, por el contrario, ya no sería aceptable más que como último recurso, mal menor, solución de emergencia, sólo aplicable a una minoría de casos. Si la teoría jurídica llegara a aceptar que ha de orientarse hacia la elaboración o adaptación de métodos propiamente dichos, el derecho estaría en condiciones de alcanzar, también él, un grado mucho más alto de intersubjetividad.

Ahora bien, ¿por qué los juristas no consiguen ponerse de acuerdo sobre *qué* sea lo «racional», o lo «razonable»? Si examinamos tales discusiones fríamente, sin prejuicios, podemos darnos cuenta de que, al fin y al cabo, es el aspecto emocional de esos términos lo que preside su uso, como lo advertimos desde el principio (*supra*, I, *in limine*): aquellas son palabras de sabor esencialmente «persuasivo».[37] De ahí que unos, partidarios de los

[37] Sobre el amplísimo papel que la «persuasividad» desempeña en el razonamiento práctico, cfr. el clásico libro de Stevenson, *passim*. Por lo que en particular se refiere a nuestro tema, qué es racionalidad, el carácter persuasivo que tienen todas las definiciones de este término -vale decir, también la nuestra-

procedimientos tradicionales en el derecho, que otorgan (¡de hecho!) un alto grado de libertad al juez, prefieren darle un sentido muy amplio a la idea de racionalidad, o cuando menos vincular esos procedimientos a otro término prestigioso: lo razonable. Mientras que otros, como el autor de este artículo, sin tanta confianza en la «sabiduría» de los jueces, se sienten inclinados más bien a poner el acento en la *diferencia* entre lo racional y lo razonable, vale decir, a llamar la atención sobre el importante coeficiente de arbitrariedad, o por lo menos de incertidumbre, que caracteriza a esta última clase de razonamientos. Los alegatos en favor de uno u otro de dichos conceptos, o de una u otra definición para cualquiera de esos términos, al fin de cuentas no son otra cosa que el reflejo de tales o cuales preferencias en materia de política jurídica,[38] una *façon de parler* acerca de ésta. Pedir que el derecho sea racional, en el sentido apuntado, es

---

e subraya especialmente en mi comentario sobre la voz *Rationalité* (pág. 340, sec. III); pero también aquí mismo (*supra*, I *in limine*) hice la advertencia desde el comienzo. *Vid*. además la nota siguiente. [Ya Jhering había advertido el uso persuasivo -aunque él no le llamara así que se hace de las etiquetas «razón» y «racional». Cfr. las palabras de dicho autor que encabezan el presente trabajo, las cuales pertenecen a un pasaje que continúa así: «... ¿cómo podríamos llegar a un acuerdo sobre lo que es racional, dadas las profundas diferencias de opiniones que separan a los pueblos y a las épocas? (Y también, agregamos nosotros -E. P. H.-, las que separan a distintos sectores de un mismo pueblo y en la misma época.) Lo nuestro es racional; lo de ellos, si contradice lo nuestro, no lo es. También ellos invocan la razón en apoyo de sus instituciones y opiniones, y cuando las nuestras están en contradicción con las suyas, les parecen tan irracionales como las de ellos a nosotros. Pero lo que ellos llaman razón, no es la razón verdadera. Como yo me siento seguro de tener la verdadera, no me costará mucho trabajo deducir de la razón todo el derecho, que, por supuesto, sólo puede ser el de nuestra época (o el que esté de acuerdo con nuestra ideología -E. P. H-). Cuando se me presenten instituciones o reglas con las cuales no puedo declararme conforme, invocaré sencillamente mi propio raciocinio. Y si mis oponentes llegaran a invocar un 'ser' que no es el nuestro, los rebatiré diciendo que ése no es el verdadero 'ser'. El verdadero «ser» es solamente aquello que concuerda con la razón» (*loc. cit. supra*, nota 1 *in limine*).]

[38] O sea, que inclinarse por una u otra definición de «racionalidad» es, en definitiva, una *opción valorativo-heurística*, con vistas a propugnar, en el campo de la razón práctica, aquello que se incluye (¡persuasivamente!) en la definición; y también, por contrapartida, es una manera de criticar y desechar lo que se ponga el acento en excluir de dicha definición. [Ese carácter valorativo-heurístico de la definición que se escoja -por ejemplo, la que se propone en el presente estudio- lo expliqué con más amplitud en el apartado final, «IX. Conclusión: la valoración disimulada y una cuestión de decisiones», de *Lo racional y lo razonable: loc. cit. supra*, nota inicial (*)].

pronunciarse en favor de la mayor *previsibilidad* (seguridad) posible de las decisiones judiciales.[39]

Los partidarios de lo razonable como pauta superior del discurso jurídico, pretenden presentar tal camino como si él resultara simplemente de la naturaleza misma de las cuestiones de que se ocupa el derecho, y no como lo que esa pauta es: una *opción* política. Tal presentación disimula el verdadero carácter de las soluciones que ellos defienden. Bien mirado, los escritos de esos autores vienen a ser una «ideología» del *status quo* del pensamiento jurídico corriente, Por lo menos de su metodología.[40] (Sin perjuicio de que, además, es probable que también se trate de una «ideología» de la función social, conservadora, que predomina en la aplicación del derecho: cfr. los testimonios que al respecto aportan Sbriccoli y Rüthers, por ejemplo.) Mas no tengo inconveniente en reconocer que asimismo la posición que se sostiene en el presente artículo, a favor de la racionalidad -mejor dicho, de *una* determinada concepción al respecto-, es el resultado de una *opción*, ni pretendo haber demostrado que sea la «mejor» opción y que no existan otras posibles. El punto de vista que aquí se defiende no oculta su *propio* carácter de decisión valorativo-opcional, de política jurídica, o sea, de basarse en algo que es contingente. De ahí que, como él nada disimula (ni siquiera sobre sus propios motivos: encarar la crítica, ¡no la legitimación!, del discurso jurídico habitual), eso tenga por fuerza que chocar con la manera en que muestran las cosas

---

[39] «Sobre la base de la exigencia de predecibilidad se elaboran modelos acerca de cómo deben ser las decisiones de este tipo (racionalidad), modelos según los cuales una decisión impredecible es básicamente una decisión arbitraria, es decir, irracional. En este sentido, la propiedad 'predecible' es presentada como una condición necesaria de la propiedad 'racional'. (...) Parece claro que esta exigencia depende de otra, cual es la de que tales decisiones tienen que tener su fundamento en el derecho «vigente»en tanto éste constituye un sistema de normas generales. Ello porque el conocimiento de las normas aplicables vendría a habilitar un pronóstico sobre los actos de aplicación. De aquí la conocida tesis de Max Weber que asocia la racionalidad del derecho moderno con su carácter sistemático. (...) [Sin embargo], la 'predecibilidad' es presentada como una condición necesaria pero no suficiente, esto es, pueden existir decisiones irracionales predecibles» (Ricardo Alberto Caracciolo, «Racionalidad objetiva y racionalidad subjetiva», en *DOXA* 4 (1987) -Cuadernos de Filosofía del Derecho, págs. 145-151, Universidad de Alicante, 1987; la cita es de pág. 145). Todo lo cual no quita que: «Se pueden formular varias objeciones serias a la idea de que semejante conocimiento (el racional, sistemático) permite formular predicciones» (ibíd.), y en todo caso para el derecho (cfr. Frank).

[40] Cfr. el artículo indicado al final de la nota 30, *supra*, esp. sus apartados I y VI.

los apologetas de la esencia razonable del pensamiento tradicional en el derecho. Las delimitaciones conceptuales efectuadas, buscan simplemente subrayar algunas de las decisiones previas que son necesarias para alcanzar un grado MAYOR de racionalidad en el pensamiento jurídico... ¡si se *quisiera* alcanzarlo! He ahí el sentido de nuestra *disputa de palabras* en torno a lo que es «racionalidad» y «método»: hacer ver que la actual racionalidad y el actual método del discurso jurídico podrían y deberían ser sustituidos por OTRA racionalidad, otros métodos, supuesto que hubiera la VOLUNTAD *política* -también por parte de los juristas- de hacerlo así.

* * *

Resumo mis conclusiones en cuatro puntos:

-De la circunstancia de que el pensamiento lógico-formal revista sólo importancia secundaria para decidir respecto a la generalidad de las cuestiones jurídicas, de eso no se sigue que la única alternativa verdadera, en este campo, esté confinada a una opción entre lo irracional y lo razonable; no es así, porque además se halla abierta la posibilidad de acudir a lo *racional*.
-Si no se está de acuerdo con que el derecho dependa tan a menudo del sentimiento del «buen juez», o simplemente de la costumbre o de presiones sociales ejercidas sobre la persona de ese juez, no hay otra salida que la de esforzarse por incrementar lo más que se pueda, también en el discurso jurídico, el papel de lo racional en sustitución de lo razonable -reducir esto último al mínimo, promocionar aquello al máximo-. Es ése el único camino, el de lo racional, el del método, para llegar a tener una *ciencia* (en sentido propio) del derecho.
-La alternativa entre lo racional y lo razonable corresponde, al fin de cuentas, a la que existe entre *someter* el pensamiento jurídico a unas reglas generales (¡pero unívocas!) preestablecidas y un derecho mucho más elástico. En este último caso, que es la vía tradicional, las cuestiones metodológicas son, en realidad, de importancia secundaria o hasta ficticias; más decisiva resulta entonces la «equidad» del juez, quien así disfruta de un buen grado de *libertad* de interpretación, sobre todo por la cantidad de

conceptos indeterminados que integran el discurso jurídico (tanto en los propios textos positivos como en la doctrina y la jurisprudencia).
-Y dicha alternativa no es, en el fondo, otra cosa que una cuestión de *política* jurídica, o sea, de preferencias ideológicas respecto al papel que en una sociedad están llamados a desempeñar los preceptos del derecho y sus operadores.

Los juristas realizan *opciones*, pues, en cuanto a las vías intelectuales que adoptan para desarrollar su discurso. Si desearan poner en práctica un tipo de pensamiento que sea propiamente racional, sería necesario sobre todo que estén dispuestos a someter sus razonamientos a unos verdaderos *métodos* (en sentido estricto). Para quienes QUIERAN abordar tal camino, he aquí lo que, en consecuencia, deberían hallar y aplicar:

> *un conjunto de procedimientos intelectuales, y eventualmente materiales, ordenados de acuerdo con un plan racional -sistema de reglas- preestablecido, que en un campo de conocimientos dado se aplican como medio para alcanzar cierto fin, de conocimiento puro o de realizaciones prácticas; procedimientos que en su ejercicio y resultados (praxis) logran acreditar intersubjetivamente su efectividad en relación con dicho fin, para los ojos -lógica constrictiva o plausibilidad- de un determinado círculo de conocedores* (en nuestro caso, el círculo de los profesionales del derecho) *que se guían por el saber teorético-sistemático disponible* [«ciencia normal»: Kuhn] en ese campo (saber del cual tales procedimientos pueden servir, a su vez, como «test» para someterlo a contrastación: falsabilidad).

A la luz de esta idea *general* de lo que es MÉTODO CIENTÍFICO, habría que determinar los modelos particulares aptos para las funciones del derecho: los tipos, especies, de métodos adecuados al trabajo del jurista, a sus funciones como tal. La idea general, que es el asunto del presente estudio, no puede tener más que un valor HEURÍSTICO con vistas a delinear esas especies, que son las que cabría aplicar en concreto. Es mediante la realización de unos esfuerzos intelectuales que vayan precisamente en aquella dirección general, o sea, si se adopta como pauta programática *dicha* idea básica (¡no otra!) como podríamos

llegar a saber si racionalidad y método científicos son o no son posibles para el derecho.[41] Con otras palabras: averiguar, puesto que el discurso del derecho pretende tener un carácter «científico», qué *tipo* de ciencia él es o pueda llegar a ser.[42]

---

[41] Pero ya en mi Tesis de París (cfr. sus tres últimas líneas, pág. 425 [pág. 140 en la trad. cit. *supra*: nota inicial (*)] subrayé, como en el presente estudio, que la posibilidad de sujetarse a procedimientos firmemente racionales es algo que está subordinado a una elección, opción, de quienes operan el discurso jurídico, sobre todo sus locutores profesionales. Depende, pues, del hecho de que los juristas QUIERAN, en realidad, someterse intelectualmente a una verdadera (en el sentido definido arriba) racionalidad: a las EXIGENCIAS científicas que constituye el resolver las cuestiones mediante tal tipo de discurso, no lo simplemente razonable. Claro que si se tiene en cuenta lo que el derecho ha sido siempre (cfr., por ejemplo, Horak, Sbriccoli y Rüthers), no hay lugar para ser optimista acerca de esa posibilidad. No obstante, el destacar la *dirección* en la que habría que marchar para acceder a un pensamiento propiamente metódico en el derecho puede contribuir, en todo caso, a tener un conocimiento *mejor*, esto es, menos ingenuo, más CRÍTICO, respecto al razonamiento habitual de los juristas. Y he ahí, tal vez, lo más interesante que pueda ofrecernos la filosofía, y también la ciencia social: permitirnos tomar conciencia de qué es lo que podría y debería ser distinto, aun allí donde otros seguirán logrando que eso no cambie.

[42] De tal cuestión específicamente, cuál es ese «tipo», me ocupo en otro sitio: *Ciencia jurídica: ¿QUÉ* «ciencia»? Lo que se explica en dicho estudio, puede considerarse como una continuación y complemento de lo expuesto aquí. Cfr. también *supra*, VIII *in fine* (Excurso).

POSTSCRIPTUM (1989)

> Hasta la ciencia es, para muchos, una nueva fuente de ilusión, una nueva huida del cambio y del azar, un nuevo camino hacia lo absoluto. Pues, desafortunadamente, para muchas personas la ciencia es una carta de certeza... Sea lo que fuere aquello que se pueda desear que el mundo del derecho sea, éste es y casi con seguridad será [siempre] incierto.
>
> J. Frank
>
> Precisamente porque el elemento personal no puede ser enteramente excluido, mientras que, a la vez, la decisión tiene que asumir lo más cercanamente posible una forma impersonal, objetiva, racional, está la tentación de dejar de lado la lógica vívida que realmente condujo a la conclusión, y sustituirla por formas de hablar que son rigurosas en apariencia y brindan una ilusión de certeza.
>
> Dewey
>
> Es preciso haber perdido toda fe en la teoría, para poder servirse de ella sin peligros.
>
> Jhering
>
> La historia de la ciencia constituye, toda ella, una sola y grande confirmación del hecho de que en todas partes nos resulta difícil adoptar, por ejemplo, una aproximación científica nueva. El pensamiento nos encarrila siempre de nuevo por el derrotero acostumbrado, incluso si éste se volvió inadecuado y aunque lo nuevo, más adecuado, de por sí no ofrezca ninguna dificultad especial.
>
> Schumpeter[a]

Podría decirse que el estudio presentado, en vez de examinar principalmente lo que el derecho es, más bien se refiere a una cosa que éste no es. Sin embargo, *eso* -racionalidad, método, ciencia- que él NO es, o que sólo en débil medida es, no significa una ajenidad cualquiera, algo cuya falta tenga poca relación con el papel que el discurso jurídico pretende cumplir. Si, como

[a] Frank (*Law*...), págs. 307 y 308. Dewey, pág. 24. Jhering, pág. 67-68 (la misma idea se retorna también en las págs. 71-72 y 115). Josef Schumpeter, cit. en Albert, *Tratat über rationale Praxis*, pág. 59.

reza la célebre sentencia de Spinoza, *Omnis determinatio est negatio* (toda determinación es una negación), también lo recíproco es cierto: al negar algo respecto al objeto (o tipo de objetos) A, eso implica predicar una *determinación* acerca de ese mismo objeto. Diciendo que A no es B, de alguna manera delimitamos lo que A sí es o pueda ser, estamos afirmando algo del propio A. Cuando aprendemos que A es otra cosa que B, conocemos mejor a A; entonces sabemos más de A que si esa diferencia no la tenemos clara. (Formulado en términos más ampulosos: el propio «ser» -*determinatio*, positividad, afirmación- de A consiste, entre otras cosas, en ese su «no-ser» -*negatio*- B).[b] Claro que las negaciones pueden ser tan triviales que, en la práctica, no valga la pena detenerse a formularlas de modo explícito. Pero en muchos casos no es así. No siempre se distingue a primera vista, y a menudo ni siquiera lo advierten exámenes en profundidad, cosas (importantes) que A no es.

En cuanto al derecho, no está nada claro, si nos atenemos a la conciencia común de sus operadores y a la doctrina jurídica de mayor recibo, cuál es *su* «racionalidad», *su* «método», *su* verdadero estatus de «ciencia». Y eso podemos plantearlo también así: preguntar en qué cosa *no* consiste su tipo de razonamiento, qué cosa *no* son su método y su ciencia, por contraste con lo que caracteriza a otras disciplinas científicas. Como estos tres términos -racionalidad, método, ciencia- son ambiguos, y también vagos, para contestar a dicha interrogación hay que comenzar por precisar lo que significa cada uno de ellos (de *eso* se ha ocupado el presente trabajo); luego podremos averiguar si, de acuerdo con ese o esos significados, corresponden *o no* a la práctica del derecho. Tal pregunta tiene su importancia -ya que la respuesta no es obvia- para aquilatar lo que el discurso jurídico es en verdad. Si queremos alcanzar una conciencia *realista* sobre el derecho, vale decir, llegar a ver *más allá* de lo que nos dicen sus textos oficiales y su dogmática, importa advertir cuánto *no* es ni racional ni metódico en el orden de pensamientos que cultivan sus operadores, y sobre todo relacionándolo con el funcionamiento

[b] «... sólo comprendemos por vía de contraste, a saber, cuando entendemos qué es la ausencia de lo comprendido porque el objeto aparece en el trasfondo del mundo que él mismo no es. El acto de reconocer o de identificar la cosa es simultáneo con el movimiento conceptual que alcanza lo que la cosa identificada no es: *Omnis determinatio est negatio*. Si decimos que algo es de cierta manera, sólo lo sabemos cuando sabemos de qué manera es otra cosa que no es precisamente de esa manera» (Leszek Kolakowski, *La presencia del mito*, trad. de Cristóbal Piechocki, Amorrortu, Buenos Aires, 1975, pág. 66).

de ese discurso en el plano de su aplicación (o faltas de aplicación) práctica. Sin empezar por saber *qué* es racionalidad y método científicos, o sea, lo que el derecho NO es, difícilmente se logre percibir lo que él sí es.

La discusión, siempre renovada, acerca de lo que quieren decir unas palabras como «racionalidad», «razonable», «método» y «ciencia» -u otras: «razón», «verdad», «justicia», «libertad», «democracia», y hasta el propio término «derecho», etc.-, se justifica porque, lo queramos o no, ellas constituyen la llave lingüística por medio de la que nuestra atención es dirigida hacia ciertos círculos de cuestiones cuya solución tiene influencias decisivas sobre la vida cotidiana. Sólo que, para no engañarse en tales discusiones, habría que tener claro, y los que protagonizan esas discusiones no suelen tenerlo, que somos *nosotros* mismos quienes como locutores, al emplear dichos vocablos de acuerdo con unos u otros sentidos, *decidimos* utilizarlos así. Esta decisión, la de *optar* por tal o cual significado al usar la palabra discutida, es tributaria de los intereses de conocimiento y de acción del grupo de locutores que prefiere dicho sentido (y que deja de lado otros). Para la misma palabra, unos grupos eligen el sentido X y otros adoptan el sentido Y, porque difieren los propósitos de aquéllos y éstos al emplearla. La raíz de sus discrepancias reside verdaderamente en eso, en el sentido *práctico* distinto que le dan al usarla, y no en el conocimiento o desconocimiento de un imaginario cielo de inconmovibles significados que serían inmanentes a cada término (cfr. Jhering, parte III: «En el cielo de los conceptos jurídicos»). De ahí que, no obstante este carácter opcional, y «persuasivo», que siempre tiene cualquier definición que se proporcione de dichos términos, la verdad es que tales discusiones, aunque analizadas desde el punto de vista lógico no sean mas que unas «cuestiones de palabras», resultan no ser inofensivas desde el punto de vista práctico. Pues lo que a través de ellas se debate, en el fondo, es qué debamos pensar -¡y hacer!- respecto a cosas que nos afectan de modo fundamental. Al aceptar que la palabra en cuestión comprende algunas de esas «cosas», pero no otras, con ello testimoniamos que las primeras gozan de nuestra bendición, y más bien se la negamos a las segundas.[c] Tal opción contribuye a predisponernos, por lo menos en principio, a *actuar* en favor de aquéllas, y no (o mucho menos) en favor de éstas. Con terminología

[c] Las palabras son galardones que cada persona trata de conferir a las cualidades de su predilección» (Stevenson, pág. 199). Cfr. *supra*, nota 9.

de la semiótica: si bien cualquier significado de una palabra es tan convencional y arbitrario como cualquier otro, en el plano de la semántica; eso no quita que ellos tengan, al ser usados, distintos efectos reales, en el plano de la *pragmática* lingüística. Hay «cuestiones de palabras» que, aunque estériles desde el punto de vista *lógico*-semántico, están cargadas de consecuencias en cuanto al uso pragmático-*social* de ese discurso.

En una discusión como, por ejemplo, la presentada en mi estudio, el hacer ver que la palabra «método» tiene *distintos* sentidos permite tematizar que los métodos (sentido amplio) corrientes del derecho podrían ser reemplazados por *otros* métodos (sentido estricto), vale decir, que también una *mejor* «ciencia» del derecho es concebible. Al traer a colación, tomando como modelo lo que es propio de otras ciencias, la idea de una «racionalidad» en sentido estricto, ello sirve como elemento de comparación frente al pensamiento jurídico habitual, pone de relieve que habría la posibilidad de transformarlo en un discurso menos manipulable. Estas cuestiones de palabras -precisar a *qué* «racionalidad», *qué* «método», *qué* «ciencia» nos referimos- implican sentar unos criterios en función de los cuales se pasa a *juzgar* las materias a que dichas definiciones se aplicarán. Según cuál sea la definición elegida, será el juicio de apreciación, basado en ella, sobre los asuntos en examen: por ejemplo, acerca del derecho. Las definiciones que se acepten, funcionan como pautas *heurístico-críticas* para evaluar, transformar o elaborar las realidades que se miran a la luz de aquéllas. Tales cuestiones de palabras, lejos de agotar su influencia en el nivel semántico únicamente, son ni más ni menos que indicaciones para la *praxis*. (Indicaciones que, como cualesquiera otras, serán seguidas o no, según el conocimiento, la voluntad, los intereses y las limitaciones reales de sus destinatarios.) Porque la definición que se elija es una guía, y suele implicar una justificación, para tal o cual género específico de prácticas, por eso distintos grupos de opinión -diferencias ideológicas, de intereses, etc.- discuten con tanta pasión sobre cuál es la definición «verdadera» del término de que se trata. Así, mientras que las definiciones propuestas en el presente estudio constituyen unos instrumentos para la crítica del discurso jurídico común, otras definiciones (menos estrictas) de esos mismos vocablos obran, por el contrario, como escudos intelectuales que legitiman ideológicamente el *status quo* de dicho discurso y la formación tradicional de los juristas (cfr. supra a la altura de las notas 29 y 37-38, y aquí mismo, *infra*, lo relativo al «Tipo I»).

Desde luego, tanto «racional» como «razonable» se pueden definir también de cualquier otra manera (*supra*, nota 9). Por ejemplo, Atienza distingue entre «'racional' (a secas)» y «estrictamente racional», haciendo que lo primero comprenda también lo «razonable»; y señala que esto último, a su vez, puede entenderse en sentido amplio o en sentido estricto (*Para una razonable...*, págs. 192 y sigs.). En fin, lo cierto es que la línea divisoria entre lo racional y lo razonable puede trazarse en unos u otros puntos, según lo que se quiera destacar, o disimular, y lo que se desee proponer.

Por mi parte, he querido poner principal énfasis en la cuestión de la INTERSUBJETIVIDAD (fuerte) que caracteriza al discurso de la ciencia normal en todas las disciplinas más avanzadas y metodológicamente exigentes. De ahí que haya propuesto una definición «estrecha» para el término racionalidad (cfr. *supra*, entre las notas 13 y 14), aunque en modo alguno se me oculta que ella no es ni más ni menos estipulativa que cualquier otra definición de dicho término. Toda definición de unos términos teoréticos se elige por determinado interés de conocimiento. En mi caso, juzgué importante comparar el pensamiento jurídico habitual con el de ciencias *más* exigentes; mi definición es heurística, para *ese* fin.

Desde *tal* punto de vista, no me parece bastante «estricta», en cambio, una definición como, por ejemplo, ésta: «Una decisión jurídica es estrictamente racional sí y sólo sí: 1) Respeta las reglas de la lógica deductiva... Por 'lógica deductiva' hay que entender aquí la lógica clásica de predicados de primer orden. (...) 2) Respeta los principios de la racionalidad práctica... a saber, los principios de: consistencia, eficiencia, coherencia, generalización y sinceridad. 3) Se adopta sin eludir la utilización de alguna fuente del derecho de carácter vinculante. 4) No se adopta sobre la base de criterios éticos, políticos, etc., no previstos específicamente (aunque pudieran estarlo genéricamente) por el ordenamiento jurídico» (Atienza, *loc. cit*., págs. 193-194 -la cursiva es mía-). Pienso que esta noción de racionalidad, y otras análogas, justamente no debiera calificarse de «estricta», porque ella, a diferencia de la nuestra, NO permite trazar una verdadera línea divisoria entre el razonamiento científico normal (intersubjetividad fuerte) y todo aquello que es *sólo* razonable (intersubjetividad débil). La definición transcrita, si es aceptada, hace que lo racional resulte no menos azaroso que lo razonable, ya que las faltas de intersubjetividad se cuelan sin dificultad por esos ítemes. Por ejemplo: 3) con frecuencia es discutible, precisamente, *qué* fuente de derecho sea la «vinculante» para un caso dado, pues esto depende nada menos que de la variada interpretación de los textos del derecho (y también de la de unos hechos); 4) del mismo modo, *qué* criterios estén previstos «específicamente» por el ordenamiento jurídico, sobre todo si se trata de vincularlos a decisiones concretas, es cosa no menos discutible y discutida que lo anterior, cada parte entenderá que es «específico» el criterio que ella invoca y no aplicable el aducido por la contraparte. Aunque Atienza ofrece una definición distinta para lo que él llama «razonable en sentido estricto» (pág.

193), la multiplicidad de interpretaciones que tolera también aquello otro que él denomina «estrictamente *racional*» hace que, en la práctica, así cualquiera de las dos calificaciones resulta igualmente aplicable -desde el punto de vista semántico, o sea, *sin* violar dichas definiciones- a la mayoría de las decisiones jurídicas habituales.

O bien, por ejemplo, que la «tópica» sea considerada como algo que es racional, razonable o ninguna de las dos cosas, también eso depende del valor que se le quiera reconocer a la intersubjetividad (fuerte) como modelo para el pensamiento jurídico. Acerca de esto, Viehweg fue más franco, y también mucho menos pedante, que otros teóricos de lo razonable (*supra*, nota 31). Es acertada una observación de Kriele al respecto (él la hace con referencia a la tópica, pero es válida para lo razonable en general, o sea, también para la posición que sostiene el propio Kriele en materia de metodología jurídica): «Por regla general, claro que allí estará ausente el *consenso*, pues un problema constitucional y un proceso constitucional [y también las cuestiones discutidas en otras ramas del derecho] surgen precisamente de la falta de consenso (de 'diferencias de opinión o dudas' sobre la interpretación de la Constitución -art. 93 GG-); y la falta de homogeneidad en el gremio de los juristas y en la sociedad en general, hace que la escala de las posibles diferencias de opinión se nos aparezca como casi infinitamente ancha. Esta vaguedad e inseguridad ha provocado dudas respecto a la tesis de la tópica...» (págs. 151-152). Dudas en cuanto a las que, de todos modos, importa considerar una precisión: «Si alguien invoca aquí el carácter lesivo de esta construcción para el principio de legalidad o la seguridad jurídica, la réplica podrá ser distinta según que la tópica [e igualmente la argumentación, la hermenéutica, etc.] se entienda como descripción o como propuesta normativa» (García, pág. 175). ¡Sólo que, casi siempre, los apologetas de lo razonable *no* hacen ver tal diferencia!

La definición que en la Teoría del Derecho se escoja respecto a los términos discutidos es, por tanto, algo así como la síntesis y el punto de partida para programas de *política* jurídica. Es cierto que aceptar una definición de racionalidad y de método como la retenida por nosotros, significa postular una política, en materia de métodos para el derecho, que bien se puede calificar de utópica. Lo es, en efecto, pues contraría los hábitos intelectuales más arraigados en el gremio de los juristas y, por añadidura, también va a contrapelo de las funciones retórico-ideológicas que está llamada a desempeñar buena parte del discurso jurídico. Pero este carácter de «utopía» que tiene el pretender que el derecho llegue a incorporar niveles de racionalidad como los alcanzados en otras ciencias, no es otra cosa, precisamente, que un rasgo característico de los programas políticos, y tanto más cuanto menos éstos se priven de sacar a la luz aspectos de

los cuales los partidarios del *status quo* prefieren no hablar. La utopía es, desde Platón, una manera de presentar las cosas en donde, sobre todo, es cuestión de hacer más patentes los *fallos* del modelo real, por contraponerle ese modelo ideal. La utopía -negación- permite conocer mejor lo que es -determinación- la no-utopía, el *status quo*, y sea o no que éste pueda en la práctica ser finalmente cambiado en una dirección que deje a la realidad menos lejos de lo que por ahora resulta utópico. No otro es el sentido de la orientación «utópica» que respecto al derecho pueda tener el saber lo que son racionalidad y método científicos, cosas que el derecho no es, si estos términos se entienden según fueron definidos aquí (cfr. *supra*, nota 40 *in fine*).

* * *

Hemos hablado de ciencia en sentido *estricto*; y la distinguimos del tipo de «ciencia» que domina en el pensamiento jurídico, el cual en todo caso no es más que una ciencia en sentido *amplio* (o amplísimo). La ciencia en sentido estricto, según fue definida aquí (*supra*, VIII *in fine*), corresponde a lo que Kuhn llama «ciencia normal»: la conformada por los conocimientos y la práctica intersubjetivamente reconocidos como legítimos por la generalidad de los profesionales de una disciplina científica dada, en determinada etapa del desarrollo histórico de ésta. Desde luego, tales conocimientos y prácticas pueden llegar a cambiar; pero también suele suceder que, además del acervo de conocimientos que allí son los «normales» en un período, aun entonces haya ciertos puntos y teorías más discutibles dentro de esa rama, o sea, unos aspectos para los que falta o es menos fuerte la intersubjetividad que reina en el resto («normal») de dicha ciencia. Todo eso puede dar lugar, aunque no necesariamente, a lo que Kuhn denomina «ciencia extraordinaria»: cuando algunos científicos, para resolver ciertas cuestiones fundamentales a las que no está en condiciones de contestar satisfactoriamente la ciencia normal, llegan a subvertir criterios básicos de ésta, con el fin de solucionar esos problemas (*puzzles*). A diferencia de la ciencia normal, la extraordinaria no presenta -por lo menos mientras ésta no consiga (con el tiempo, acaso) imponerse a su vez como ciencia normal- una «racionalidad» en el sentido apuntado aquí (supra, a la altura de la nota 13), ya que la ciencia extraordinaria carece, por definición, de la intersubjetividad que caracteriza a la ciencia normal. [Sobre todo esto, cfr. Lakatos/ Musgrave.]

Si para el derecho hubiera una ciencia en sentido estricto y que allí fuese la normal, eso no quitaría, por supuesto, que en algún momento pudiera ser subvertida por nuevos paradigmas de razonamiento jurídico, los cuales entonces significarían, respecto a aquélla, una ciencia extraordinaria. Mas no es ése el tema del estudio precedente, pues en él no se examina una ciencia jurídica en sentido estricto que funcione como ciencia normal. Si puede decirse que hay una ciencia jurídica normal, la tradicional, ésta se caracteriza precisamente por *no* ser ciencia en sentido propio (supra, VIII *in fine*), a diferencia de lo que son las ciencias normales en otras disciplinas. La cuestión que se discute en ese estudio es, pues, otra: suponiendo que el derecho tenga o pueda llegar a tener una ciencia «normal», ¿qué hace *falta* para que, además, ésta consiga ser *racional* y *metódica*, en sentido estricto?

Cuando tal pregunta es abordada, directa o indirectamente, en estudios que están al día con enfoques avanzados de la actual Teoría General del Derecho, o aquello con que en alemán se llama Investigación de Bases del pensamiento jurídico (*Rechtsgurnlagen-forschung*), el examen sobre la racionalidad del discurso de los juristas se lleva a cabo de acuerdo con tres grandes tipos principales de orientaciones teoréticas. Dos de ellos (Tipos I y II) son, en el fondo, optimistas en cuanto a la presencia de tal racionalidad o la posibilidad de llegar a alcanzarla; el otro (Tipo III) lo es mucho menos, o no lo es en absoluto.

Tipo I.- Éste constituye una tendencia netamente conservadora. La forman aquellos autores para quienes el pensamiento jurídico profesional está bien como está, consideran que él *ya* es lo bastante racional o razonable. Entienden que, en lo sustancial, nada hay que criticar ni que corregir en ese discurso, detalles aparte, por lo menos para el que se hace presente en las democracias capitalistas de Europa occidental. Por eso piensan que alcanza, para obtener la teoría científica acerca de él, con sacar a la luz y destacar los modelos de razonamiento que los juristas manejan de por sí en forma habitual, o sea, revelar su *propia* racionalidad o razonabilidad. Tal es, en general, la posición de los topicistas, los hermeneutistas, los apologetas de la argumentación jurídica razonable, etc.; cfr., por todos, los trabajos de Perelman.[d]

---

[d] Cfr. también *supra*, a la altura de las notas 29 y 30, e *infra*, el punto 2 del Apéndice. Y Perelman no oculta, por cierto, dicho carácter apologético, cfr., por ejemplo, el artículo donde subraya «Lo que el filósofo [y no sólo este] puede aprender por el estudio del derecho» *(Ce que le philosophe...)*. Otro ejemplo: asimismo Gadamer consagra un apartado de su influyente obra a destacar «El carácter paradigmático [ejemplar] de la hermenéutica jurídica» (cap. 10.3). Por otro lado, estudios como el de

Tipo II.- Estos otros estudios, en cambio, se orientan a lograr una *mejora* del discurso jurídico, o a lo menos en las vías para analizarlo. Proponen el empleo de técnicas del pensamiento que, según opinan esos autores, son más racionales que las que en la actualidad suelen emplear los juristas. Las direcciones que se señalan para hacer tal cosa son muy variadas, prácticamente tantas como las escuelas sobre formas del discurso científico en general. Muchos de dichos estudios, acaso los más «técnicos», ofrecen poco o ningún interés desde un punto de vista como el del propósito central que persigue nuestro estudio: señalar pistas para hallar *criterios* capaces de hacer verdaderamente metódico el discurso profesional del derecho, o sea, someterlo a unas pautas que en la mayor medida posible permitan que también en él lo razonable esté encauzado, limitado, mediante lo científico-*racional*. Nuestra respuesta fue que, si tal posibilidad existe, hay que buscarla por vías de la adaptación o la construcción -a diferencia de lo que en la actualidad domina en el pensamiento jurídico- de unos métodos *en sentido estricto* que sirvan para resolver cuestiones de derecho. No es hacia ahí, sin embargo, que conducen los caminos constituidos por las innovaciones teoréticas que manejan ciertas corrientes actuales, de quienes la navaja de Ocam se apiade, donde por «ciencia» pareciera entenderse más o menos lo mismo que desaforada inflación de tecnicismos o esquematomanía: lógica deóntica, semántica estructural, etcétera.[e] Pero también hay, es cierto, modernas tendencias de investigación

---

Toulmin o el de Poirier, aunque no sería justo calificarlos de propiamente apologéticos respecto del pensamiento jurídico, pueden ser usados en apoyo de las posiciones del Tipo I.

[e] Estas aproximaciones se inscriben dentro de una gran corriente, que sobre todo ha cobrado mucho impulso en los últimos años, cuyos autores suelen entender que sus estudios responden a un campo específico de investigaciones denominado *semiótica jurídica*. Pero, en realidad, bajo tal rúbrica entran orientaciones metodológicas distintas y muy variados énfasis temáticos (al respecto se puede cfr. Jackson y también: Colloque International de Sémiotique Juridique, Roque Carrión-Wam ed., *Revue de Recherche Juridique. Droit Prospectif*, 1986-2, Presses Universitaries d'Aix-Marseille). De ahí que, junto a direcciones como las arriba mencionadas, donde todo el ingenio reside en la inusitada pedantería con que allí se pergeñan toda clase de formalismos, también haya otras que se dedican a abordar cuestiones más sustantivas a partir de unos análisis de lenguaje: los conflictos de interpretaciones en el derecho, funciones sociales del lenguaje jurídico, incidencia de ideologías en el discurso de los juristas, diferencias entre las normas del derecho, etc. (cfr. por ejemplo, la Parte Tres del libro de Jackson sobre *Semiotic and Legal Theory* y algunos de los estudios (Roberta Kevelson, Peter Goodrich, Domenico Carzo) del mencionado *Colloque*; vid. además el opúsculo de Bernard S. Jackson, *Semiotics and Critical Legal Studies*, Working Paper di Sociologia (núm. 4), Universidad degli Studi di Messina, Facoltà di Scienze Politiche, 1986. Téngase en cuenta que: «Hay,

que no comulgan con esos fuegos fatuos; no se dedican a multiplicar terminologías pedantes para decir trivialidades o para solazarse en distinciones tan minuciosas como estériles, sino que tratan cuestiones de verdadera importancia para la práctica del razonamiento *vivo* dirigido a resolver problemas sustanciales del derecho. Así, en años recientes se han dado a conocer estudios donde, con base en *teorías de la argumentación*,[f] pero orientándose hacia niveles teoréticos que conducen

---

por cierto, algunas aproximaciones (*approaches*) en la semiótica que sostienen que todas las relaciones son de texto, y que el contexto socioeconómico mismo tiene que ser textualizado, analizado semióticamente, y sus relaciones con otros textos ser concebidas en términos de intertextualidad más bien que con referencia a modelos científicos sociales (particularmente los causales)[50]. (50. La escuela de Greimas [semántica estructural] es a menudo vista de esa manera... La cuestión es compleja, e implica el asunto de la referencialidad...) Pero existen también otras aproximaciones en la semiótica, que se ven a sí mismas como estrechamente integradas con la sociología» (Jackson, *Semiotics and Critical Legal Studie*s, pág. 12). En cuanto a este último punto de vista, cfr. esp., entre los materiales del *Colloque*, la contribución de Carzo (págs. 357-363): «Considérations sur la sémiotique juridique: le point de vue sociologique»; y compárese, por ejemplo, con el aparatoso despliegue de jeringonza en que, para decir trivialidades o inflar unas analogías meramente pedantes, se solaza el autor que allí representa a la semiótica estructural aplicada al derecho (Eric Landowski, «Pour une approche sémiotique et narrative du droit», en *ibíd*., págs. 39-69).

[f] «'Argumentar' quiere decir: indicar las razones que permiten que una afirmación aparezca justificada, acertada o, al menos, discutible. Las razones para alcanzar esta meta tienen que ser propuestas de tal modo que convenzan al presunto participante en la discusión, que sean capaces de que supere, por ejemplo, las razones opuestas por él alegadas. Quien esboza una Teoría de la Argumentación piensa sobre todo en la discusión de las cuestiones jurídicas ante el tribunal, en el despacho profesional y en la literatura. Es obvio que el hallazgo del fallo judicial, como también el que una opinión logre imponerse en la literatura, se lleva a cabo normalmente por la vía de un discurso. Esto sugiere, en efecto, exponer las fundamentaciones jurídicas como formas de argumentación y cadenas de argumentación» (Larenz, pág, 507; la cita que trae la nota 29, *supra*, es continuación de lo transcrito aquí). Todo lo cual está muy relacionado con el asunto de la *tópica* (*supra*, nota 31): «Lo que Viehweg anticipa, en la misma época en que lo hacen también otros autores [sobre todo Perelman] con matices diversos, es la perspectiva argumentatvia, la idea de que es en el contexto de cada situación donde se ponen las bases para la decisión correcta, a través del intercambio de razones. Y los propios contornos de la situación se expresan mediante la acción comunicativa entre los sujetos. Se trataría en todo ello de un proceso retórico, marcado por la inexistencia de verdades apodícticas que puedan fundar una solución indiscutible, y abocado,

mucho más allá del conformismo tipo Perelman (o el de Kriele, etc.), se consigue poner mejor de relieve variadas pautas que subyacen a los discursos jurídicos reales y, además, se llegan a delinear esquemas de lógica material -modelos de razonamiento argumentativo- que podrían hacer, debidamente manejados, que esos discursos alcanzasen otra coherencia y llegaran a ser más intersubjetivos. Alexy, por ejemplo, ha indicado criterios para una racionalidad argumentativa «procesal» del discurso práctico, y en particular el del derecho, donde la intersubjetividad sea incrementada, hasta donde resulte prácticamente posible, por medio del procedimiento en cuestión;[g] esos procedimientos

---

por tanto, a la permanente construcción y reconstrucción de soluciones meramente plausible. Y la tópica sería el auxilio principal del que las partes en ese proceso dialógico pueden servirse como fuente de sus argumentos, de esas razones sobre cuya discusión se asentará la decisión» (García, pág. 178). De todos modos, tampoco hay que perder de vista que, en la literatura especializada, el término «argumentación» se emplea de acuerdo con sentidos de lo más variados: cfr. Struck, *Zur Theorie... vid.* también *infra*, el punto 2 del Apéndice.

[g] «De acuerdo con esta teoría (la teoría del discurso racional), un enunciado normativo es correcto o -presuponiendo una teoría liberal de la verdad- verdadero cuando puede ser el resultado de un determinado procedimiento, es decir, el del discurso racional. La relación entre corrección y procedimiento es característica de todas las teorías procesales. Si *a* es el representante de una teoría procesal que ha de ser construida sobre el procedimiento *P*, a la pregunta acerca de si un enunciado normativo *N* es correcto responde diciendo:

D: un enunciado normativo *N* es correcto si, y sólo si puede ser el resultado de un procedimiento *P*.

Dentro del marco de las teorías procesales hay muy diferentes formas de presentación de *P*. Las diferencias pueden clasificarse según que se refieran (i) a los individuos que participan en el procedimiento (ii) a las exigencias que se imponen al procedimiento. De la manera cómo sea estructurado el procedimiento con respecto a los individuos y a las exigencias del mismo depende(iii) la peculiaridad del proceso de decisión» (Alexy, *La idea*..., págs. 44-45). [Además de Alexy, al parecer -no he podido ver sus escritos- son Aulis Aarnio (Finlandia) y Aleksander Peczenick (Polonia-Suecia) los autores que en la actualidad trabajan con mayor resonancia internacional en esa dirección, sin perjuicio de diferencias en los acentos de sus respectivas investigaciones y bases teoréticas. Para hacerse una idea del presente estado de la discusión teorética en la materia, se puede cfr. el panorama que al respecto ofrece Kravietz, pero sobre todo dos compilaciones (que tampoco he podido consultar): *Rechtstheorie*, Beiheft I (1979), Berlín; y Werner Krawietz/Robert Alexy (comps.), *Metatheorie juristischer Argumentation* (Metateoría de la argumentación jurídica), Berlín, 1983. La idea central de todas las teorías argumentativo-*procesales* sobre lo racional o lo razonable, puede resumirse tal vez así: «Cuando es precisamente el contenido de la decisión lo que es objeto de disputa, el respaldo máximo que aquélla puede pretender radica en la aceptación por los litigantes o por el medio en general, sentado que no existe una fuente que imponga por sí sola contenidos para la decisión. Y la única manera de que tal reconocimiento

podrían tal vez constituir, estandarlzados, un ejemplo de *métodos* (en el sentido propuesto aquí: *supra*, X *in fine*) para el derecho. Por otro lado, aunque trabajando en dirección metodológica distinta, Priester y Opp han mostrado cómo unos conocimientos de ciencias *analíticas* podrían ser fructíferos para el derecho.[h] Cfr., además, las valiosas indicaciones contenidas en estudios como los de Albert -*racionalismo crítico*- y Koch -*Filosofía del lenguaje común*-; o véase, por ejemplo, ya los implacables análisis de Alf Ross en su clásico libro *Sobre el derecho y la justicia* (trad. de Genaro R. Carrió, Eudeba, Buenos Aires, 1963).

Tipo III. -Queda la duda de si, dadas las funciones político-ideológicas del derecho, y también por los fuertes intereses gremiales de inercia intelectual en que viene a hacerse efectiva la formación universitaria tradicional impartida a sus profesionales, el someterse a unos métodos como los del tipo II pudiera llegar a ser realmente aceptado y puesto en práctica por parte de éstos. El tercer tipo de estudios no parece dar lugar a que se alimente mucha ilusión en tal sentido. Lo racional, para esos estudios, no está en el discurso jurídico analizado ni en algún modelo sustitutivo. No tratan de legitimar el actual nivel de razonamientos del derecho, ni proponen otros medios más adecuados que los vigentes para lograr que él alcance mayor racionalidad, sino que sobre todo se dedican a sacar a la luz su *falta* de racionalidad, la de ahora y la de siempre. Quiere decir que la

---

pueda tener lugar de modo que quepa llamarlo racional, es arbitrando un procedimiento argumentativo en el que las partes expresen con libertad sus argumentos y contraargumentos. (...) Existirían ciertos postulados de toda discusión racional, entre los que destacan determinadas obligaciones comunicativas que los dialogantes han de asumir, de modo que no cabe hablar de una fundamentación suficiente cuando no se respetan esos principios argumentativos» (García, págs. 178-179).

[h] Estudios de orientación analítica han demostrado su pertinencia no sólo para discutir cuestiones de la metodología jurídica en general, sino también al abordar el examen de puntos específicos a que se aplica el razonamiento de los juristas, e incluso de problemas concretos que se solucionan (mal) en la práctica habitual del derecho. Es el caso, justamente, del libro de Opp; también se puede cfr. por ejemplo, Koch (*Juristische Methodelenlehre*...: *op. cit. supra*, nota 7 *in fine*) y Eike v. Savigny *et. al*. [Claro que dentro de la corriente analítica caben, a su vez, tipos de aproximación diferentes. Así, por ejemplo, mientras que lo que Opp propone principalmente es que también los juristas saquen provecho de conocimientos ofrecidos por la *sociología* empírica, Priester (*Ratiotialität und Normkritik*) dirige sobre todo su atención más bien hacia una serie de condiciones formales para llevar adelante la discusión capaz de *fundamentar* racionalmente unas decisiones como las jurídicas.]

racionalidad de estos exámenes consiste, precisamente, en poner de relieve la no-racionalidad del discurso examinado, o sea, que se ubican en el extremo opuesto al Tipo I. Tal falta de racionalidad del discurso profesional de los juristas, así puesta de manifiesto, se ve -a través de dichos exámenes- que no es casual ni contingente, sino que ella tiene mucho que ver con la circunstancia de que ese discurso también desempeña de hecho, sean cuales fueren las posiciones subjetivas de sus protagonistas, unas funciones de retórica y de aseguramiento de la ideología político-social dominante. Por eso él no es, ni puede ser, un pensamiento de carácter científico (propiamente) respecto a las cuestiones que allí están en juego: cfr., por ejemplo, los pormenorizados análisis de Lautmann y Schreckenberger -y *vid*. también Frank, como antecedente-.

El estudio que antecede a este Postscriptum se ubica más bien en el marco del Tipo II. Podría considerarse que dicho trabajo ofrece, tal vez, una especie de propedéutica para fundamentar y alentar, de manera muy general, la introducción de verdaderos modelos de racionalidad en el derecho; modelos que, para sus diseños concretos, son remitidos a la creatividad de otros autores (*supra*, X *in fine*). Sin embargo, siempre manifesté mucha reserva respecto a la viabilidad político-social de tales modelos,[i] supuesto que fueran elaborados. De mi parte, el señalamiento de la (mera) viabilidad *técnico-intelectual* de unos métodos científicos propiamente dichos para aplicarlos a cuestiones del derecho, estuvo menos motivado por la ilusión de lograr que en realidad fuesen adoptados por los juristas, que por un propósito de ilustración *crítica* sobre los «saberes» jurídicos.[j] Y con el correr de los años, mi escepticismo no ha ido sino en aumento, de modo que hoy no le reconozco mucha importancia *real* al papel que la racionalidad (en sentido propio) y el método (*ídem*) puedan desempeñar, en la práctica, para materias como el derecho. Creo, más bien, que tiene razón Holmes en el famoso pasaje donde advertía, ya en 1881, que:

> «La vida real del derecho no ha sido [cuestión de] lógica: ha sido experiencia. Las necesidades sentidas de la época, las teorías políticas y la moral dominantes, las intuiciones

[i] Véase la nota 40, *supra*. Cfr. también, en mi estudio *Ciencia jurídica*..., el # III.2 *in fine* y el punto (viii) de las Conclusiones Generales, y *vid.* aquí el Anexo.

[j] En el estudio indicado en al nota anterior, cfr. el punto (vii) de las Conclusiones Generales.

> acerca de las líneas de conducta pública, declaradas o inconscientes, incluso los prejuicios que los jueces comparten con sus conciudadanos [todas esas cosas], han tenido que ver mucho más que el silogismo en la determinación de las normas por las que los hombres deban ser gobernados».[k]

Y lo cierto es que los más sofisticados metodólogos del discurso jurídico, sobre todo entre los del tipo II, también ellos pertenecen a ese tipo de científicos de quienes Hermann Lotze decía:

«*afilan más y más sus cuchillos* [métodos], *pero no se preocupan de qué cortan*.»

En efecto, a pesar de toda la pedantería que se despliega en modernos estudios de metodología jurídica, lo que nos proponen resulta no menos inofensivo -aunque, desde luego, es mucho más complicado- que los caminos de los métodos tradicionales. Así como no son éstos, tampoco son aquéllos quienes nos suministran lo que, ¡de hecho!, resultará determinante para ver a qué soluciones se llega frente a las cuestiones problemáticas, o sea, en casos donde se discute *realmente* la «verdadera» respuesta del derecho. Un autor como Kelsen (por ejemplo), tan «superado», vio mucho más a fondo en todo eso. A pesar de su obsesión por el rigor metodológico (más bien: ¡precisamente por respeto a esto!) no cayó en la ingenuidad, o la disimulación, de pretender extenderlo inclusive a la práctica *misma* de los juristas cuando aplican el derecho. A él no se le escapó que lo principal de este discurso, las interpretaciones, no es asunto de racionalidad científica sino de *ideologías* y presiones sociales. Por eso mismo, creo que lo fundamental, para que un sistema de derecho funcione lo mejor posible, tiene mucho menos que ver con el rigor metodológico -imposible de imponer en la práctica- que con un principio como el siguiente:

> «para el progreso del conocimiento [y también para la correcta aplicación de éste], a veces importa más el lograr

---

[k] Oliver Wendell Holmes, *The Common Law*, 1881, pág. 1 («The actual life of the law has not been logic: it has been experience. The felt necessities of the times, the prevalent moral and political theories, intuitions of public policy, avowed or unconscious, even the prejudices which judges share with their fellow-men, have had a good deal more to do than the syllogism in determining the rules by which men should be governed»); cit. por Dewey, pág. 21.

establecer unas *condiciones institucionales y motivacionales* que recompensen suficientemente el comportamiento constructivo-crítico en la solución de los problemas, que enseñar una metodología que, aunque en sus aspectos esenciales es fácil de entender [¡suponiendo que lo sea!] empero resulta, llegado el caso, difícil seguirla.» (Albert, *Traktat über rationale Praxis*, pág. 59 -cursivas mías, E. P. H.-).

Pero deseo subrayar que mi desconfianza, si así puede llamársele, hacia la racionalidad y el método, no se refiere al empleo de ellos como vías para efectuar *análisis* de realidades sociales o de formas de pensar existentes; por ejemplo, para examinar el contenido semántico de los discursos del derecho y las funciones sociales de éste. Por el contrario, para *esos* efectos (conocimiento), pienso que son las vías más recomendables, cuando están disponibles, y no menos respecto al derecho que acerca de otras cosas. Más aún: no hay por qué descartar, y hasta es probable, que también dichos conocimientos puedan ejercer alguna influencia en el razonamiento de los jueces, si éstos recibieran ese tipo de enseñanza, y siempre que no intervengan presiones sociales lo bastante fuertes como para obstaculizar su limpia aplicación a tales o cuales tipos de casos. Téngase presente que, aun cuando el conocimiento jurídico de dicho tipo, precisamente por ser una ciencia *básica*, no persigue fines prácticos directos (pues la investigación básica de ciencia alguna se dirige, en sí misma, a tales fines); esto no quiere decir que aquél no pueda llegar, eventualmente, a tener también derivaciones prácticas, y sobre todo si hay operadores del derecho que *quieran* (y tengan el talento como para saber) utilizar esas bases teoréticas con vistas a solucionar cuestiones del discurso jurídico común. Por lo demás, si se entiende que tal discurso es una ciencia, y entonces pertenecería al género de lo que se llama las ciencias aplicadas, no podría serlo sino en cuanto, como toda ciencia aplicada, se funda en (resulta de) cierta ciencia *pura*, básica. Mas esta última, por su propia naturaleza, consiste en un sistema de conocimientos de los cuales sólo *algunos* aspectos -que de antemano nunca se sabe cuáles serán- se aprovechan por parte de la o las respectivas ciencias aplicadas. [Sobre todo esto, cfr. Bunge, págs. 206 y 216 y sigs.]

A falta de una ciencia básica, o si ésta es poco rigurosa y más bien implícita que explícita, también la ciencia aplicada de que se trate sufre las consecuencias, es de «baja calidad» (Bunge, pág. 206). Cuando la ciencia aplicada no se corresponde con una buena ciencia básica se nota que, en la práctica misma, aquélla

deja que desear hasta en cuanto al cumplimiento de sus meros cometidos utilitarios, por lo menos en algunos respectos. Esto es también verdad para el derecho, por supuesto. De ahí que, aunque su ciencia básica (*Rechtsgrundlagepforschung*) no tiene muchas posibilidades reales de ser verdaderamente tomada en cuenta por lo general en la práctica jurídica, dadas las condiciones ideológicas y las presiones sociales bajo las cuales ésta transcurre, no menos cierto es que sólo aquélla -¡no la dogmática corriente!- es capaz de hacer del derecho un auténtico *conocimiento* en el plano de la razón práctica y, así, abrir la posibilidad inclusive de que algunos juristas lleguen a sacar provecho de él para mejorar (si los dejan) su discurso profesional. En síntesis: si bien la cuestión de su trascendencia práctica no es decisiva para juzgar sobre la corrección racional de un estudio científico del derecho, tampoco es imposible que él hasta pueda tener alguna trascendencia también en el plano práctico real, llegado el caso, si las circunstancias -entorno social, preparación científica de los operadores del discurso jurídico- lo permiten. Empero, no hay que engañarse, es poco probable que esto último resulte lo habitual.

En lo que no creo para nada, eso sí, es en la trascendencia práctica, y ni siquiera en la fertilidad teorética, de ciertos criterios «técnicos» que, inspirados en el *mero* afán de ser metódico, al fin de cuentas no van más allá del palabrerío pedante que disimula los problemas reales o, todavía peor, puede servir para legitimar que éstos sean tratado mediante unos corsets burocráticos-tecnocráticos que esterilizan la inteligencia. Lo que así se consigue, en definitiva, no es otra cosa que contribuir a que dichos problemas NO se enfrenten con esa actitud «constructivo-crítica» que menciona Albert.[1] Una cosa es ahogar porque se logre, pero sólo en la medida de lo verdaderamente posible, alcanzar conocimiento racional y metódico sobre las cosas. Otra, muy distinta, tratar de imponer a rajatabla cualquier método, por más científico que sea -supongamos que lo es-, para manejar un discurso acerca de ciertos problemas reales. ¡No siempre

[1] Por ejemplo, respecto a la intervención de tales «técnicas» en los planes de estudio de la Universidad de Costa Rica, y particularmente acerca de la escuela de hipocresía que en cuanto método de enseñanza constituyen las llamadas «investigaciones» que establece el currículum de la Facultad de Derecho, cfr. Enrique P. Haba, «De la fantasía curricular (y sobre algunas de sus precomprensiones tecnocráticas)», en *Revista de la Facultad de Derecho*, núm. 56 (mayo-agosto 1986), Universidad de Costa Rica/Facultad de Derecho-Colegio de Abogados, San José.

es lo mismo «manejar» algo, en un lenguaje, que *resolverlo*, en la práctica! También para el campo de la metodología del derecho es muy cierto, y en la actualidad más que nunca, lo de que:

> «Como escribió Kenneth E. Boulding en *The Image*, hay en el mundo mucha gente que cree que 'la ciencia casi pudiera definirse como el proceso de sustituir por cuestiones sin importancia, a las que puede responderse, cuestiones importantes, a las que no se puede'.» (Dubos, pág. 141.) [Cfr., p. ej., el punto 1 del Apéndice, *infra*.]

Sin embargo, hasta una conclusión tan cautelosa como la ofrecida aquí, en el sentido de que sólo como modelo *intelectual* es viable una verdadera ciencia del derecho, acaso podría ser objetada si se atiende, por ejemplo, a razones como las que Frank presentó hace más de medio siglo (de las que, por supuesto), no se han llegado a enterar nuestros juscientistas actuales). Frank llama la atención acerca de dos verdades que casi siempre son pasadas por alto, tanto en el pensamiento jurídico común como en los proyectos cientificistas para el derecho. A saber: la doble indeterminación de que éste se halla inevitablemente afectado, por el lenguaje mismo de los juristas y por la inconmensurable fluidez de la realidad en que ese discurso se inserta -realidad de la que forman parte hasta los propios juristas, pues también «los jueces son humanos»-. En efecto, Frank no permite que nos olvidemos de que:

> «... el derecho, tal como lo tenemos, es incierto, indefinido, sujeto a incalculables cambios (...) El derecho siempre ha sido, lo es ahora y siempre continuará siendo, ampliamente vago y variable. ¿Y cómo podría ser de otro modo? El derecho se ocupa de relaciones humanas en sus más complicados aspectos» (Law..., págs 5 y 6).

Quiere decir que no puede haber discurso jurídico *seguro*, esto es, unos criterios de derecho *netos* que se hallen *pre*-establecidos (cfr. *Mr. Justice...*). Porque, inclusive en el caso de que se lograra mejorar al máximo la precisión de los términos mismos de ese discurso y vincularlo al máximo con los conocimientos disponibles de las ciencias sociales -posibilidad intelectual señalada en nuestro estudio-, eso no impediría que, de todas maneras,

la variedad y movilidad (siempre altamente imprevisibles) de los casos a que él se aplique haga que, por lo general, resulte imposible llegar a saber de *antemano* las soluciones que éstos recibirán en manos de los jueces. Por ende: la fijeza, la «seguridad» del derecho, jamás podrá ser otra cosa que un *mito*, dice Frank.

No tengo inconveniente, por mi parte, en reconocer que tales observaciones son acertadas. En todo caso, lo son para una buena parte del derecho, precisamente la que llega a discutirse en los tribunales. No obstante, aun dando por admitido que las soluciones judiciales no se puedan prever con seguridad, eso no descarta que el procedimiento para obtenerlas puede ser *más* o puede de ser *menos* intersubjetivo, en función del *tipo* de discurso empleado para arribar a ellas. Por eso, lo que aquí se sostuvo no es que el discurso jurídico pudiera ser elaborado, en general, como una ciencia en sentido estricto, sino que cabría ajustarlo a condiciones que hagan de él una ciencia en sentido *amplio*; vale decir, formularlo de manera tal que sus razonamientos fuesen *relativamente* menos azarosos y subjetivos, sus soluciones *menos* a-metódicas. Aunque esto no lo transformaría, por cierto, en una ciencia *completamente* segura y cuyos resultados sean todos previsibles, al menos disminuiría en algo su actual coeficiente de incerteza, y sobre todo prevendría el ocultamiento de las verdaderas razones que determinan lo que allí se resuelve. En síntesis: considero que no *toda* ciencia del derecho es cosa imposible (intelectualmente), pues el discurso jurídico *podría* ser mejor desde el punto de vista científico; y si bien es cierto que ni siquiera un discurso «mejor» le proporcionaría a aquél la seguridad que tiene el discurso (normal) de las ciencias naturales, no me parece que sea indiferente el que, por lo menos, el razonamiento de los Juristas consiguiera alcanzar el mayor grado *posible* de intersubjetividad científica. Esto es, que fuera mucho *menos retórico e ideológico* de lo que suele ser. [Pienso que Frank estaba de acuerdo con esto último (por ejemplo, cfr. su Apéndice II, *op. cit.*); sólo que él no lo vinculó a unos mejores *métodos* para el discurso en cuestión, ni creía que fuera precisamente tal cosa lo que pudiera hacerlo menos inseguro (cfr. su Apéndice X, punto 3).]

Frank insiste, además, en que semejante afán de certeza no es otra cosa que el producto de un «infantilismo» en nuestros modos de pensar (*childisch thought-ways*: cfr. *Law*..., caps. II, VIII, IX y *passim*). Es una reminiscencia de nuestra fe de niños en la autoridad paterna, lo cual se manifiesta en muchos campos, inclusive en la ciencia:

> «Pues, funcionalmente, el derecho visiblemente se parece al Padre-como-Juez. El Padre-como-Juez, del niño, era infalible. Sus juicios y mandatos parecían poner orden en el caso de los conflictivos puntos de vista concernientes a la conducta correcta. Su ley parecía absolutamente cierta y previsible. (Por supuesto, el derecho y la religión no son las únicas actividades afectadas por la búsqueda de la autoridad paterna. También la ciencia padece cuando se la hace cargar con el fardo de ser una garantía completa de la certeza cósmica.)» (*op. cit.*, pág. 21 con su nota 6; cfr. también *Mr. Justice*..., págs. 582 y sig.).

Es eso lo que da origen, así como a otras cosas (religión, etc.), a que el pensamiento jurídico se presente sujeto a un «mito básico» (*basic legal myth: cfr. Law*..., cap. I y *passim*): el de

> «que el derecho es, o puede hacerse que sea, inmóvil, fijo y determinado (*unwaverign, fixed and settled*)» (página 21). «Los juristas no sostienen meramente la vulgar noción de que el derecho es susceptible de ser hecho completamente estable e invariable; parecen estar inclinados a crear la impresión de que, en total, desde ya él es una cosa establecida y cierta» (pág. 8). «Obsérvese los argumentos de los abogados al dirigirse a los tribunales, o hasta las opiniones de los tribunales mismos: están formulados como si a las decisiones correctas se llegara por deducción lógica a partir de un cuerpo preciso y preexistente de reglas jurídicas. Raramente los jueces revelan que haya elementos contingentes en su razonamiento, alguna duda o lagunas para estar plenamente convencidos» (pág. 9).

Y Frank se pregunta:

> «¿Por qué la generalidad de los juristas insiste en que el derecho debe y puede ser conocible claramente y predecible en forma precisa, aunque al hacer eso justifican la popular creencia en un absurdo patrón de exactitud jurídica? (...) [Empero] sólo un limitado grado de certeza jurídica puede alcanzarse. (...) Si es verdad que se persigue una mayor certeza jurídica que la que es prácticamente requerida y alcanzable, entonces la exigencia de excesiva estabilidad jurídica no proviene de necesidades prácticas. Ella tiene que tener sus raíces no en la realidad, sino en un afán por algo irreal» (págs. 11 y 12).

Afán (*a yearning*) que se explica, según Frank, justamente por la mencionada ansia -subconsciente- de hallar también en el derecho un sucedáneo de la infalible autoridad paterna (cfr. esp. el cap. II), mas sin excluir tampoco la presencia de otros factores explicativos (cfr. el Apéndice I, *op. cit.*).

Sin embargo, aunque esa reconducción del afán de seguridad (¡también el mío!) a resabios de una idealizada imagen paterna es un elemento de explicación -junto a otros: ideologías, protección del *status quo*, etc.- muy plausible, esto no significa que dicho afán tenga que ser considerado necesariamente como algo que deba y pueda ser eliminado. Si bien se mira, la crítica de Frank no se dirige tanto contra el afán *en sí mismo*, sino contra las *falsas* ilusiones, los autoengaños que él contribuye a engendrar (por ejemplo, cfr. *op cit.*, págs. 12 [nota 9 *in limine*] y 17l). Cabe pensar que, en cambio, en la medida en que para éste pudieran hallarse formas de satisfacerlo que sí fueran viables en la realidad (y suponiendo, claro, que eso no va en perjuicio de otros objetivos humanos valiosos), en *esa* medida no tendría por qué estar mal, sino todo lo contrario, hacer lo posible por alcanzar seguridades. Pues bien, el tipo de certezas -intersubjetividad y eficacia- que persiguen los métodos científicos, sea cual fuere la génesis psicológico-individual y social por la cual ello se considera digno de ser obtenido, es algo que logra cumplirse en la realidad, por lo menos hasta cierto punto, precisamente por la práctica misma de las ciencias. La tesis sostenida en nuestro estudio es que *tal* tipo de certeza podría ser incrementado sensiblemente en la ciencia jurídica también: en el sentido de que entonces los resultados a que se llegue en las sentencias, y aunque muchas veces no fuera posible saberlo de antemano, estarían *intersubjetivamente* fundados, porque -a diferencia del pensamiento jurídico tradicional- esos resultados surgirían allí de unos procedimientos verdaderamente *metódicos*. Desde luego que, así y todo, es probable que la ciencia jurídica no obtuviera los niveles de certeza que se alcanzan en la práctica normal de las ciencias naturales; pero entonces, al menos sus resultados tendrían la *mejor* fundamentación *posible*, la de las ciencias sociales avanzadas. Y si de esa manera no se consigue obtener, en definitiva, un grado de previsibilidad de las decisiones judiciales mucho mayor que el actual, en todo caso se conseguiría, eso sí, liberar el pensamiento jurídico de las ficciones que señala Frank y hacerlo beneficiario de los conocimientos científicos disponibles. Si no en homenaje al afán de seguridad, al menos por un afán de *veracidad* y de transparencia intelectual, valdría la pena tratar de sujetar el pensamiento jurídico a toda la racionalidad y

el método que siempre le han faltado. Bien leído, de un libro tan despiadadamente realista, y tan fermental, como el de Frank, no pueden sino extraerse muchos motivos más (que los por mí expuestos) para desear que el pensamiento de los juristas aceptara ser enderezado en tal dirección.

Por otro lado, a Frank tampoco se le escapó que algo análogo al «mito jurídico básico» consigue infiltrarse también, y por razones similares («infantilismo»), incluso en el pensamiento relativo a las ciencias más adelantadas (cfr. *op. cit*., su cap. XV y esp. el Apéndice III titulado «Ciencia y certeza: una acientífica concepción de lo que es la ciencia»). Basta con pensar, acotaría yo, en la abrumadora difusión y predominancia que en la actualidad tienen los mitos tecnocráticos, en todas las esferas, para advertir cuánta razón tenía Frank al subrayar que:

> «Por supuesto, esa es una acientífica (*unscientific*) concepción [acerca] de la ciencia. La ciencia, así falsamente concebida, se transforma, en efecto, en otro sustituto del padre, un garante de esa certeza absoluta que el niño anhela y que el hombre cabalmente adulto reconoce como infantil. Una concepción científica de la ciencia rechaza tal infantilismo» (*op. cit*., pág. 307).

También en esto, el estudio de Frank se revela, en mucho de su aproximación, asombrosamente actual, en la línea de la más moderna epistemología de las ciencias (Popper, Kuhn y otros -cfr., por ejemplo, el penúltimo párrafo de la pág. 105, *op. cit*.-). Esa «unscientific conception» tiene mucho que ver con lo que en otro sitio he llamado *fideísmo cientista*. Y me importa sobremanera efectuar una aclaración final, precisamente a este respecto.[m]

---

[m] Lo del «fideísmo cientista», y porqué el derecho difícilmente pueda dejar de ser una «'ciencia' en sentido AMPLÍSIMO», lo explico un poco más en el *Postscriptum* que se incluye en la última versión del estudio ya mencionado en las notas (i) y (j): cfr. *infra*, el Anexo. *Vid*. también el punto 1 del Apéndice. [He preferido detenerme en los puntos de vista de Frank, en vez de seguir a autores que están de moda, pues cada vez estoy más convencido de que la Teoría del Derecho reciente -digamos: la posterior a 1970- no agrega nada *sustancial*, como no sea unas esforzadas sobredosis de variada pedantería, a lo que en líneas generales ya se sabía antes. De ahí que, venir a leer en 1989 (tal es mi caso) un libro como el de Frank, es respirar aire fresco en medio de tanto hollín terminológico y mero detallismo que nos abruman en los congresos de filosofía jurídica y en las revistas especializadas de la materia; esto, sin perjuicio de reconocer que también hay estudios actuales que tienen su interés, en cuanto sirven para divulgar o para redondear aspectos del conocimiento teorético previo, aunque siempre sigue siendo más ilustrativo leer directamente a los grandes autores. Ese no-tener-nada-sustancial-que-agregar, desde luego que pasa desapercibido (o, sencillamente, no

El fideísmo cientista, que hoy aparece consagrado sobre todo en la ingenua confianza hacia la teología de la computación como arréglalo-todo, reposa en la fe de que *cualquier* asunto tiene una solución metódico-científica; y también, implícitamente, en la creencia de que cualquier solución de ese tipo -y cuanto más burocratizable, mejor- será preferible a toda solución menos «técnica». ¡Pero es eso, justamente, lo que NO quisiera ver sugerido por el estudio que he presentado! Menos que menos, respecto al derecho. Pues lo cierto es que éste, por el papel que sus discursos juegan en la dinámica social, nunca será una verdadera ciencia (en sentido estricto). Allí lo decisivo son, más que nada, las «condiciones institucionales y motivacionales» (Albert), y las «culturales» en general (Häberle),[n] que determinan *realmente* la conducta de sus actores, incluidos los juristas como operadores profesionales de dichos discursos. Lo cual no quita que ciertos exámenes *racionales* acerca de estos discursos, al poner de manifiesto precisamente toda la *falta* de racionalidad y de método que caracteriza al pensamiento habitual de los juristas,[ñ]

---

importa) para quienes, más que toda otra cosa, les obsesiona la cuestión de «estar al día», vale decir, se contentan con apreciar, por ejemplo, ciertas minuciosidades técnicas que sirven como embalaje a muchos de los nuevos estudios. Por contraposición, es también eso mismo lo que explica el éxito que han obtenido, por ejemplo, Rawls y Dworkin: simplemente, porque éstos *sí* tienen «algo» que decir. Éxito para el que no ha sido óbice, por eso, que en el caso del primero su famoso libro consista, básicamente, en unos juegos escolásticos del «raciocinar»; y en el del segundo, que allí asistamos a la reformulación de tesis que, aunque él las defiende con ingenio, básicamente significan recaer en planos de ingenuidad pre-Frank acerca del pensamiento jurídico- y particularmente respecto al lenguaje, quedarse en un nivel de análisis que es pre-Ogden/Richards, pre-Stevenson, pre-Wittgenstein, o hasta pre-Morris, etc.]

[n] Ya Herman Heller había señalado que «La Teoría del Estado es ciencia cultural y no ciencia natural» (*Teoría del Estado*. Parte I, apartado II.2). En nuestros días, es particularmente el constitucionalista alemán Peter Häberle quien ha insistido, una y otra vez en sus publicaciones de los últimos años, en que los textos de la Constitución -y, a partir de ahí, el derecho positivo en general- deben, y no pueden sino, ser entendidos como un precipitado cultural. Cfr. esp. su escrito programático *Verfassungslehre als Kulturwissenschaft* (Teoría constitucional como ciencia cultural), Duncker & Humblot, Berlín, 1982.

[ñ] Dicho de otra manera: por más que el discurso jurídico común (textos legales, dogmática, jurisprudencia) no sea muy racional, ese discurso -tomándolo como lenguaje-objeto- puede ser examinado (críticamente) en *otro* discurso -metalenguaje- que, éste sí, no tenga tales defectos de racionalidad; cfr., en mi estudio sobre *Ciencia jurídica*..., el # III.2. También para el derecho,

además contribuyan a despejar el camino hacia una más realista apercepción de las susodichas condiciones. Así, algunos estudios del Tipo II se pueden tomar también como una dilucidación preliminar o concomitante con respecto a los del Tipo III; y es ése, según pienso, el interés que tal vez puede tener el trabajo aquí ofrecido.

_____-

como en otros campos, la falta de racionalidad del lenguaje-objeto no tiene por qué contagiarse necesariamente a sus metalenguajes. [Esta distinción de planos -una cosa es el discurso del Derecho como actividad profesional o política, otra el de la Teoría General del Derecho como un metadiscurso donde aquél es analizado científicamente- no la señalé de manera explícita en el trabajo presentado acá. De ahí que éste adolezca de cierta ambigüedad en el uso del término «derecho» -o: «discurso jurídico», «pensamiento de los juristas», etc.-; pero tal vez el contexto de la exposición logre salvar confusiones, por lo menos en cuanto a las ideas fundamentales. Y además, aun sin mencionar esa cuestión de planos del lenguaje, está el hecho de que cabe una pluralidad de ciencias acerca del derecho: *supra*, VIII *in fine* (Excurso).]

LITERATURA ESCOGIDA[1]

** Albert, Hans, *Traktat über kritische Vernunft*, J. C. B. Mohr (Paul Siebeck), Tübingen, 1975 (3.ª ed., ampliada; ed. or, 1968). [Trad. de Rafael Gutiérrez Girardot, de la 1.ª ed. *Tratado sobre la razón crítica*, Sur, Buenos Aires, 1973, 260 págs.]

* Albert, Hans, *Traktat über rationale Praxis* (Tratado sobre la práctica racional), J. C. B. Mohr (Paul Siebeck), Ubingen, 1978, XI + 193 págs.

** Alexy, Robert, *Theorie der juristischen Argumentation* (Teoría de la argumentación jurídica), Suhrkamp, Francfort, 1978.

- Alexy, Robert, «La idea de una teoría procesal de la argumentación jurídica», en *Derecho y Filosofía* (comp. Ernesto Garzón Valdés, trad. de Carlos de Santiago), págs. 43-57, Fontamara 50, México, 1988.

- Anacker, Ulrich, «Vernunft» (Razón), en *Handbuch philosophischer Grundbegrffe* (Manual de conceptos filosóficos fundamentales), comp. por Hermann Krings, Michael Baumgartner y Christoph Wild, t. VI, págs. 1597-1612, Kösel, Munich, 1974. [Hay trad. al castellano de este Manual, publicada en España.]

- Apel, Karl Otto; Gadamer, Hans-Georg; Habermas, Jürgen, *et. al.*, *Hermeneutik und Ideologiekritik* (Hermenéutica y crítica de la ideología), Suhrkamp, Francfort, 1971, 316 págs.

* Archives de Philosophie du Droit, t. 23, *Formes de rationalité en droit*, Sirey, París, 1978.

[1] Para una enumeración más amplia de trabajos sobre la temática aquí tratada, cfr. en las notas, *supra*, y sobre todo la bibliografía que se ofrece en Haba, *Rationalité* (págs. 337-338). Vid. también las valiosas bibliografías específicas por temas que brinda Arnaud: cfr., por ejemplo, su sección 0200 (pág. 35), «Raison et droit». En la presente lista se incluyen únicamente trabajos de autores mencionados, sea en el texto o en notas, a lo largo del estudio ofrecido (cfr. *supra*, nota 1 *in limine*); pero en dicho estudio, como así también en el Postscriptum y en el Apéndice, se mencionan además otras obras que, por ser menos fundamentales para nuestra temática central, no aparecen incorporadas a esta lista; se resaltan mediante asteriscos aquellos trabajos que son especialmente relevantes en consideración a los desarrollos presentados aquí.

* Arnaud, André-Jean, *Critique de la raison juridique, Tome I Où va la sociologie du droit*?, *L. G. D. J., Pars, 1981, 468 págs*.
- Atienza, Manuel, *Introducción al Derecho*, Barcanova, Barcelona, 1985, XII + 377 págs.
* Atienza, Manuel, «Para una razonable definición de 'razonable'», en *DOXA* Cuadernos de Filosofía del Derecho, 4 (1987), págs. 189-200, Centro de Estudios Constitucionales y seminario de Filosofía del Derecho de la Universidad de Alicante, 1987.
- Batiffol, Henri, «Questions de l'interprétation juridique», en *Archives de Philosophie du Droit*, vol. XVII (1972), págs. 9-27.
** Blanché, Robert, *Le raisonement*, PUF, París, 1973, 264 págs.
- Bochenski, 1. M., *Die zeitgenössischen Denkmethoden*, Francke (UTB 6), Berna, Munich, 1975 (7.ª ed.). [Trad. (muy defectuosa) de Raimundo Drudis Baldrich, Los métodos actuales del pensamiento, Rialp, Madrid, 1975 (10.ª ed.), 280 págs.]
- Bobbio, Norberto, «Scienza del diritto e analisi del linguaggio», en *Rivista Trimestrale di Diritto e Procedura Civile*, año IV, núm. 2 (junio 1950), págs. 342-367, Dott. A. Giuffrè, Milán. [Trad. de Alfonso Ruiz Miguel, «Ciencia del Derecho y análisis del lenguaje», en Bobbio, *Contribución a la teoría del derecho*, págs. 173-200, Fernando Torres, Valencia (España), 1980.]
* Bobbio, Norberto, «La razón en el Derecho (observaciones preliminares)», en *Doxa. Cuadernos de Filosofía del Derecho* 2, págs. 17-26 (trad. de Alfonso Ruiz Miguel), Departamento de Filosofía del Derecho de la Universidad de Alicante, 1985.
- Brecht, Arnold, *Teoría política. Los fundamentos del pensamiento político del siglo XX* (trad. de Juan Manuel Mauri), Depalma-Ariel, Buenos Aires-Barcelona, 1963, XXIX, + 621 pág. [ed. or. en inglés y en alemán: respectivamente, 1959 y 1961].
- Brimo, Albert, «Logique juridique et Méthode juridique», en *La logique juridique*, págs. 213-223, Pedone, París, 1967.
- Bunge, Mario, *Seudociencia e ideología*, Alianza Editorial (AU 440), Madrid, 1985, 253 págs.
** Dewey, John: «Logical Method and Law», en *Cornell Law Quarterly* 10 (1924), págs. 17-27, Ithaca (N.Y.).
- Esser, Josef, *Vorverständnis und Methodenwahl in der Rechtsfindung. Rationalitätsgrundlagen richterlicher Enischeidungspraxis* (Precomprensión y selección del método en la obtención del derecho. Bases de racionalidad en la práctica de la decisión judicial), Fischer Athenäum (Taschenbuch 6001), Francfort, 1972 (2.ª ed., con Prólogo ampliado; ed. or. 1970), 224 págs.
* Frank, Jerome, *Law and the Modern Mind*, Peter Smith, Gloucester (Mass.), 1970 (reproducción de la sexta ed. ampliada -ed. or. 1930-).
- Frank, Jerome, «Are Judges Human?», en 80 *University of Pennsylvania Law Review* (1931), págs. 17 y sigs., y 233 y sigs.
** Frank, Jerome, «Mr. Justice Holmes and Non-Euclidean Legal Thinking», en 17 *Cornell Law Quarterly* (1932), págs. 568-603.

* Gadamer, Hans-Georg, *Wahrheit und Methode. Grundzüge einer Philosophischen Hermeneutik*, J. C. B. Mohr (Paul Siebeck), Tübingen, 1972 (3.ª ed. ampliada -ed. or. 1960-). [Trad. de Ana Agud Aparicio y Rafael de Agapito, *Verdad y Método. Fundamentos de una hermenéutica filosófica*, Sígueme, Salamanca, 1977, 691, págs.]
* García Amado, Juan Antonio, «Tópica, Derecho y método jurídico», en *DOXA* 4 (1987), págs. 161-188, Universidad de Alicante.
Giuliani, Alessandro: *La controversia. Contributo alla logica giuridica*, Università de Pavia (Studi nelle scienze giuridiche e sociali 143), 1966, 216 págs.
* Gottlieb, Gidon: *The Logic of Choice. An Investigation of the Concepts of Rule and Rationality*, George Allen & Unwin, Londres, 1968, 188 págs.
** Granger, Gilles-Gaston, *La raison*, PUF (Que sais-je? 680), París, 1955, 138 págs. [Hay trad. al castellano publicada por EUDEBA, Buenos Aires.]
- Haba, Enrique Pedro, *Esquemas metodológicos en la interpretación del derecho escrito*, Universidad Central de Venezuela-Facultad de Derecho (Cuaderno de Filosofía del Derecho 9), Caracas, 1972, 111 págs.
- Haba, Enrique P., «Rationalität der Autoritäten oder Autorität der Rationalität?» (¿Racionalidad de las autoridades o autoridad de la racionalidad?), en *Rechtstheorie*, vol. 8 (Cuaderno 2), págs. 145-163, Duncker & Humblot, Berlín, 1977.
** Haba, Enrique P, «Ciencia jurídica: *¿qué* 'ciencia'?», en *Revista de Ciencias Jurídicas*, núm. 51 (septiembre-diciembre 1984), págs. 11-35, Universidad de Costa Rica-Facultad de Derecho-Colegio de Abogados. [Una versión anterior de este estudio apareció en el Apéndice-Tomo IV de la *Enciclopedia Jurídica Omeba*, págs. 124-135, Driskill, Buenos Aires, 1982, bajo el título: «Ciencia jurídica como un problema de métodos». Una nueva versión corregida y ampliada, de dicho trabajo se acaba de publicar en el núm. 12 de *Ius et Praxis*, revista de la Facultad de Derecho y Ciencias Políticas de la Universidad de Lima, págs. 97-125, diciembre 1988.]
- Haba, Enrique P., «Rationalité», en *Dictionnaire Encyclopédique de Théorie et de Sociologie du Droit* (sous la direction de André Jean Arnaud), págs. 337-340, L. G. D. J., París, 1988.
** Horak, Franz, *Rationes decidendi. Entscheidungsbegründungen bei den älteren römischen Jurischen bis Labeo* (Rationes decidendi. Fundamentaciones de las sentencias en juristas romanos más antiguos hasta Labeo), t. I, Scientia, Aalen, 1969, 311 págs.
- Jackson, Bernard S., *Semiotics and Legal Theory*, Routledge & Kegan Paul, Londres, 1985, xii + 373 págs.
- Jackson, Bernard S_ «Emerging Issues in Legal Semiotics», en *Revue de la Recherche Juridique: Droit Prospectif*, 1986-2, Colloque International de Sémiotique Juridique (Aix-en-Provence, 11-13 Mars 1985), páginas 17-37, Faculté de Droit et de Science Politique

d'Aix-Marseille, Presses Universitaires d'Aix-Marseille, 1986.
* Jackson, Bernard S., «Rationalité consciente et inconsciente dans la théorie du droit et la science juridique» (trad. de Daniel Flores), en *Revue interdisciplinaire d'études juridiques*, vol. 1987-19, págs. 1-18.
- Jhering, Rudolf von, *Broma y Veras en la Jurisprudencia*, trad. de Tomás A. Banzhaf, EJEA, Buenos Aires, 1974, 425 págs.
* Koch, Hans-Joachim, «Ueber juristisch-dogmatisches Argumentieren un Staatsrecht» (Sobre la argumentación jurídico-dogmática en el Derecho Estatal), en Hans-Joachim Koch (comp.), *Seminar: Die juristische Methode im Staatsrecht. Ueber Grenzen von Verfassungs-und Gesetzbindung* (Seminario: El método jurídico en el Derecho Estatal. Sobre límites de la vinculación a la Constitución y a la ley), Suhrkamp (Taschenbuch Wissenschaft 198), Francfort, 1977, págs. 13-157.
- Kriele, Martin, *Theorie der Rechtsgewinnung, entwickelt am Problem der Verfassungsinterpretation* (Teoría de la obtención del derecho, desarrollada con referencia al problema de la interpretación constitucional), Duncker & Humbolt, Berlín, 1977 (2.ª ed., ampliada por un postfacio), 366 págs.
- Lakatos, Imre, y Musgrave, Alan, comp., *Criticism and the Growth of Knowledge* (contribuciones de: Paul K. Feyerabend, Tomas S. Kuhn, I. Lakatos, Karl, R. Popper, Stephen Toulmin *et. al.*), Cambridge University Press, Londres, 1972 (2.ª ed., ampliada). [Trad. de Francisco Hernán, *La crítica y el desarrollo del conocimiento*, Introducción por Javier Muguerza, Grijalbo (Colección «Teoría y Realidad» I), Barcelona-Buenos Aires-México, 1975, 523 págs.
** Lalande, André, *Vocabulaire technique et critique de la philosophie* (voces: Discours, Discursif, Fondement, Méthode, Méthodologie, Raison, Raisonnable, Raisonnement, Rationalité, Rationnel), PUF, París, 1968 (10.ª ed.). [Trad. (de la 5.ª ed.) efectuada bajo la dirección de Luis Alfonso y revisada por Vicente Quintero: Vocabulario Técnico y Crítico de la Filosofía, 2 tomos, El Ateneo, Buenos Aires, 1953.]
* Larenz, Karl, *Metodología de la Ciencia del Derecho*, (trad. de la cuarta ed. alemana, definitiva, de 1979) por Marcelino Rodríguez Molinero, Ariel, Barcelona, 1980, 536 págs.
* Lautmann, Rüdiger, *Justiz-die stille Gewalt* (La Justicia-forma callada de Poder), Fischer Athenäum (Taschenbuch FAT 4002), Francfort, 1972, 207 págs.
* Moreno, Julio Luis, *Los supuestos filosóficos de la Ciencia Jurídica*, Biblioteca de Publicaciones Oficiales de la Facultad de Derecho y Ciencias Sociales de la Universidad de la República (Sec. III, vol. CXXV), Montevideo, 1963, 178 págs.
- Müller, Friedrich, *Normstruktur und Normativität. Zur Verhültnis von Recht und Wirklichkeit in der juristischen Hermeneutik, entwickelt an Fragen der Verfassungsinterpretation* (Estructura de la norma y normatividad. Sobre la relación entre derecho y realidad en la hermenéutica jurídica, con referencia a cuestiones de la interpretación

constitucional), Duncker & Humblot, Berlín, 1966, 232 págs.
- Müller, Friedrich, *Juristische Methodik* (Metodología jurídica), Duncker & Humblot, Berlín, 1976 (2.ª ed., ampliada), 327 págs.
* Müller, Friedrich, *Juristische Methodik und Polilisches System. Elemente einer Vefassugstheorie II* (Metodología jurídica y sistema político. Elementos de una Teoría constitucional II), Duricker & Humblot, Berlín, 1976, 127 págs.
** Opp, Karl-Dieter, *Soziologie Im Recht* (Sociología en el Derecho), Rororo Studium (núm. 52), Hamburgo, 1973, 265 págs.
* Otte, Gerhard, «Zwanzig Jahre Topik-Diskussion: Ertrag und Aufgaben» (Veinte años de discusión sobre la tópica: resultado y tareas), en *Rechtstheorie*, vol. 1 (Cuaderno 2), págs. 183-197, Duncker & Humblot, Berlín, 1970.
- Perelman, Chaim, «Ce que le philosophe peut apprendre par l'étude du droit», en *Droit, Morale et Philosophie*, págs. 135-147, L. G. D. J., París, 1968.
** Perelman, Chaim, *Logique juridique. Nouvelle rhétorique*, Dalloz, París, 1976. [Trad. de Luis Díez-Picazo, *La lógica jurídica y la nueva retórica*, Monografías Civitas, Madrid, 1979, 249 págs.]
** Poirier, René, «Rationalité juridique et rationalité scientifique», en A*rchives de Philosophie du Droit*, t. 23 (*cit. supra*), págs. 11-34.
- Polya, G., *Mathematics and plausible reasoning*, Princeton University Press, Princeton-New Jersey, 1954. [Trad. de José Luis Abellán, *Matemáticas y razonamiento plausible*, Tecnos, Madrid, 1966, 580 págs.
*Priester, Jens-Michael: *Rationalität und Normkritik* (Racionalidad y crítica de las normas), Tesis doctoral presentada en la Rechts-und Wirtschaftswissenschaftlichen Fakulatät der Universität des Saarlandes, Saarbrücken, 1972, 220 págs. (aprox.).
- Priester, Jean-Michael, «Rationalität und funktionale Analyse» (Racionalidad y análisis funcional), en *Jahrbuch für Rechtssoziologie und Rechtstheorie*, vol. I, *Die Funktion des Rechts in der modernen Gesellschaft* (La función del derecho en la sociedad moderna), Bertelsmann, Bielefeld, 1970. [Este artículo es un extracto de la Tesis antes mencionada.]
- Rapp, Friedrich, «Methode» (Método), en *Handbuch philosophischer Grundbegriffe* (*cit. supra*), vol. IV, págs. 913-929.
- Recaséns Siches, Luis, *Experiencia jurídica, naturaleza de la cosa y Lógica* «*razonable*», FCE-UNAM, México, 1971, 578 págs.
- Röd, Wolfgang, «Grund» (Fundamento), en *Handbuch philosophischer Grundhegriffe* (*cit.*), vol. III, págs. 642-657.
- Rottleuthner, Hubert, *Rechtswissenschaft als Sozialwissenschaft* (Ciencia del Derecho como ciencia social), Fischer (Taschenbuch 6514), Francfort, 1973, 267 págs.
* Rüthers, Bernd, *Die unbegrenzte Auslegung. Zum Wandel der Privatrechtsordnung im Nationalsozialismus* (La interpretación ilimitada. Acerca de la transformación del ordenamiento de Derecho

Privado en el nacionalsocialismo), Fischer Athenäum (Taschenbuch 6011), Francfort, 1974 (2.ª ed., ed. or. 1968), 496 págs.
* Savigny, Eike von; Neumann, Ulfrid, y Rahlf, Joachim, *Juristische Dogmatik und Wissenschaftstheorie* (Dogmática jurídica y teoría de la ciencia), C. H. Beck (Schwarze Reihe, núm. 136), Munich, 1976, 171 págs.
* Sbriccoli, Mario, *L'interpretazione dello statuto. Contributo allo studio della funzione dei giuristi nell'età communale*, Dott. A. Giuffrè, Milán, 1969, 493 págs. [Para una síntesis de las principales ideas de este libro, cfr. Mario Sbriccoli, «Politique et interprétation juridique dans les villes italiennes du Moyen âge», en *Archives de Philosophie du Droit*, vol. XVII (1972), págs. 99-113.
** Schreckenberger, Waldemar, *Rhetorische Semiotik. Analyse von Texten des Grundgesetzes und von rhetorischen Grundstrukturen der Argumentation des Bundesverfassungsgerichts* (Semiótica retórica. Análisis de textos de la Constitución y de estructuras básicas retóricas de la argumentación de la Corte Constitucional Federal), Karl Alber, Freiburgo-Munich, 1978, 450 págs. (aprox.).
** Segeth, Wolfgang, «Methode», «Methodik», «Methodisch», «Methodologie», «Methodologisch», en Georg Klaus y Manfred Buhr (comps.), *Marxistisch-Leninistisches Wörterbuch der Philosophie*, págs. 717-723, Handbuch Rororo (núm. 6156), Hamburgo, 1972.
* Stegmüller, Wolfgang, *Einheit und Problematik der wissenschaftlichen Welterkenntnis* (Unidad y problemática del conocimiento científico del mundo), Max Hueber (Münchener Universitätsreden, Nueva serie, Cuaderno 41), Munich, 1967, 22 págs.
- Stevenson, Charles, L., *Ethics and Language*, Yale University Press, New Haven-Londres, 1944. [Trad. de Eduardo A. Rabosi, *Ética y Lenguaje*, Paidós, Buenos Aires, 1971, 308 págs.]
- Ströcker, Elisabeth, *Einführung in die Wissenschaftstheorie* (Introducción a la teoría de la ciencia), Wissenschaftliche Buchgesellschaft, Darmstadt, 1977 (2.ª ed., ampliada por un postfacio; ed. or. 1973), 145 págs.
* Struck, Gerhard, *Topische Jurisprudenz. Argument und Gemeinplatz in der juristischen Arbeit* (Jurisprudencia tópica. Argumento y lugar común en la labor jurídica), Athenäum, Francfort, 1971, 118 págs.
* Struck, Gerhard, *Zur Theorie juristischer Argumentation* (Sobre la teoría de la argumentación jurídica), Duncker & Humblot, Berlín, 1977, 162 págs.
* Toulmin, Stephen, *The Uses of Argument*, Cambridge University Press, Cambridge, 1958, 264 págs.
* Vaz Ferreira, Carlos, *Lógica viva (Adaptación práctica y didáctica)*, Homenaje de la Cámara de Representantes de la República Oriental del Uruguay, vol. IV, Montevideo, 1963 (ed. or. 1910), 320 págs. [De esta obra hay otras ediciones, publicadas por Losada, Buenos Aires.]
* Viehweg, Theodor, *Topik und Jurisprudenz. Ein Beitrag zur*

rechtswissenschaftlichen Grundlagenforschung, C. H. Beck (Schwarze Reihe, núm. 110), Munich, 1974 (5.ª ed., ampliada, ed. or. 1953). [Trad. (de la 2.ª ed. alemana) por Luis Díez Picazo, *Tópica y jurisprudencia*, Taurus, Madrid, 1964, 145 págs.]
- Villey, Michel, «Nouvelle rhétorique et Droit naturel», en Michel Villey, *Critique de la pensée juridique moderne (douze autres essais)*, págs. 85-103, Dalloz, París, 1976.
-Villey, Michel, *Philosophie du droit*, vols. I (*Définitions et fins du droit*) y II (*Les moyens du droit*), Précis Dalloz, París, 1978 (2.ª ed., corregida y ampliada, del vol. I, XII + 205 págs.) y 1979 (vol. II, 267 págs.). [Hay trad. al castellano publicada por EUNSA, Pamplona.]
-Wagner, Heinz, y Haag, Karl, *Die moderne Logik in der Rechtswissenschaft* (La lógica moderna en la ciencia del derecho), Gehlen, Francfort, 1970, 115 págs.

PERMISIONES Y ACTITUDES NORMATIVAS

I. *Introducción*

Puede afirmarse que la existencia de los sistemas jurídicos depende de las actitudes del grupo social, i.e. aceptación, obediencia, etc.;[1] y de las actitudes de las autoridades normativas[2] del sistema. Una descripción apropiada de un sistema jurídico supone, entonces, dar cuenta de las relaciones existentes entre la configuración del sistema normativo y las actitudes de los sujetos y las autoridades normativas. En este trabajo analizaremos solamente la relación entre descripción de los sistemas jurídicos legislados y la descripción de las actitudes de las autoridades normativas (en adelante AN).

Sin pretensión de exactitud, podemos decir que las actitudes de las AN, en tanto que normativamente relevantes, se manifiestan en calificaciones deónticas de ciertas acciones o estados de cosas. Afirmar que la acción p es jurídicamente obligatoria presupone una AN que promulga una norma que obliga a p, o bien, una norma que implica a p.[3] Esto parece sugerir que la conformación del sistema se adecua a las actitudes de las AN. Probablemente es el expresivismo jurídico la corriente de filosofía del derecho más cercana a esta tesis.

En este trabajo, intentaremos mostrar algunas dificultades conceptuales involucradas en la relación sistema-actitud normativa. Para ello tomaremos como puntos centrales los conceptos de permisión[4] y de sistema jurídico en tanto que sistema deductivo.[5]

---

[1] Hart, H., 1968, pág. 145. Bulygin, E., 1982 a, pág. 138.

[2] Von Wright, G., 1970, pág. 91. Bulygin, E., 1982 b, pág. 67. Alchourron, C., 1982, pág. 53. Vernengo, R., 1983, pág. 385 y 386.

[3] Alchourron, C., y Bulygin, E., 1984 a, pág. 456. Alchourron, C., y Bulygin, E, 1976, pág. 9. Bulygin, E., 1985 a.

[4] Alchourron, C., y Bulygin, E., 1984 b. Alchourron, C., y Bulygin, E., 1985. Von Wright, G., 1970, pág. 100, Ross, A., 1968, pág. 116.

[5] Alchourron, C., y Bulygin, E., 1974, pág, 92. Alchourron, C., y Bulygin, E., 1979, pág. 67.

II. *Distintos conceptos de permisión*

En tanto que descripciones del sistema normativo es necesario distinguir entre:

P1) Pw p = -p E Cn A. Esto significa que la conducta p está permitida si y sólo si -p no pertenece al sistema Cn A, y este sistema está compuesto sólo por normas de obligación.

P2) Ps p = Pp E Cn B. Esto significa que la conducta p está permitida si y sólo si existe una norma que permite la conducta p en el sistema Cn B.[6]

En este punto encontramos las primeras dificultades. P1 es relativa a los actos no realizados por AN y P2 es relativa a la existencia de normas permisivas. Pero, P1 no correlaciona normas y actitudes sino la ausencia de normas y la ausencia de actitudes. Respecto a P2, es bien conocida en teoría del derecho la controversia sobre qué actitudes deben ser identificadas como permisiones. Entre los diversos análisis de este problema, nos detendremos en el que ofrecen Carlos Alchourron y Eugenio Bulygin (A-B, en adelante).

En su análisis, A-B expresan que no hay relaciones lógicas entre normas sino entre contenidos normativos o contenidos proposicionales.[7] Al exponer sobre la dinámica de los sistemas jurídicos, expresan que es necesario distinguir entre actos de promulgación y actos de rechazo. Rechazar es un tipo especial de acto ilocucionario, diferente de prescribir u ordenar, el cual conduce a la eliminación de ciertos contenidos proposicionales del conjunto ordenado, de acuerdo con ciertas reglas.[8]

Cuando analizan el problema de las normas permisivas expresan: «el conjunto de las negaciones de los contenidos normativos permitidos... es formalmente idéntico al conjunto de proposiciones rechazadas»[9] y, consecuentemente, afirman que esto podría servir para justificar la pretensión expresivista de admitir sólo mandatos (normas de obligación), siempre que estén dispuestos a incorporar la noción de derogación. Con esta base, tenemos:

P3) Ps p = AN! (-p) & -p 17 Cn A. Esto significa que la AN ha permitido p si y sólo si ha rechazado -p, y -p no pertenece a Cn A.

---

[6] Alchourron, C., y Bulygin, E., 1984 b, pág. 353.

[7] Alchourron, C., y Bulygin, E., 1981, pág. 101.

[8] Alchourron, C., y Bulygin, E., 198 1, pág. 105. Alchourron, C., y Bulygin, E., 1984 a, pág. 460. Bulygin, E., 1985 b, pág. 185.

[9] Alchourron, C., y Bulygin, E., 1981, págs. 118 y 119.

Con esta reformulación, al aceptar la actitud normativa de rechazar, tenemos una nueva manera de relacionar los sistemas normativos y los actos de las AN. P3 está vinculada a un conflicto actual o potencial de actitudes denominado «ambivalencia», el cual debe ser resuelto en favor del acto de rechazo para que P3 sea verdadera.

Denominaremos SSPR y SSPO, respectivamente, al conjunto de proposiciones del sistema normativo rechazadas y ordenadas por las AN. El conjunto de las consecuencias lógicas de los contenidos proposicionales rechazados (SSPR) limita la competencia de las AN de inferior jerarquía. Consecuentemente, es necesario identificar al SSPR para conocer la conformación del SSPO, ya que la promulgación de un contenido proposicional puede provocar un conflicto de ambivalencia según sea la conformación del SSPR. Por lo tanto, consideraremos que el sistema normativo está determinado por la identidad de los elementos de SSPR y SSPO.

P3 asegura que SSPR no es un conjunto vacío, y esto equivale a sostener que el sistema normativo es consistente (P3 implica a P1, la permisión fuerte o positiva implica a la permisión débil o negativa). Esto puede probarse de la siguiente manera:

a) Sea P3 verdadera.

b) Si el SSPO es inconsistente, entonces cualquier contenido normativo puede ser derivado en él.

e) -p puede ser derivado en un SSPO inconsistente, lo que contradice la hipótesis *a*.

A su vez, la inconsistencia del SSPR asegura que SSPO es un conjunto vacío. Pero es evidente que los juristas deben rechazar este intento de reconstrucción ya que:

- Distinguir entre permisión débil y fuerte es habitual en el análisis de sistemas inconsistentes e incompletos, y P3 borra parcialmente esta diferencia al implicar a P1.[10]

- Permitir el contenido proposicional p y el contenido proposicional -p es equivalente a rechazar -p y a rechazar p. El SSPR es inconsistente y el SSPO es vacío. Sin embargo, los juristas no encuentran problemático permitir simultáneamente una conducta y su negación, denominando a tal situación «Facultamiento».[11]

Podría pensarse que el origen de estas dificultades es vincular

---

[10] Alchourron, C., y Bulygin, E., 1976, Cap. VII. Alchourron, C., y Bulygin, E., 1984 b, pág. 358 y 359.

[11] Alchourron, C., y Bulygin, E., 1976, pág. 74.

el acto de rechazo de un contenido normativo a la pertenencia de este contenido al sistema normativo; y que el concepto de permisión debe ser definido en términos de actos de rechazo solamente. De acuerdo con esto A-B expresan: «p está positivamente permitido por x, si y sólo si -p (la negación u omisión de p) es ya sea explícita o implícitamente rechazada por x».[12]

P4) Ps p = AN! ex. -p v imp -p. Esto significa que p está positivamente permitida si hay una AN tal que rechaza explícita o implícitamente -p.

Para P4 lo único que cuenta es la actitud de AN, y es obvio que no implica a PI, consecuentemente P3 y P4 no son equivalentes. P3 puede tomarse como una descripción del contenido del sistema normativo y P4 como una descripción de actitudes de AN.[13] Pero la descripción de las actitudes de las AN no garantiza la presencia o ausencia de los contenidos normativos objetos de promulgación o rechazo, y con ello, la relación entre actitud normativa y sistemas normativos pierde la nitidez que muestra al analizarse las normas de obligación.

III. *Permisión y jerarquía normativa*

Supongamos el siguiente sistema normativo Cn A, que depende de las actitudes de AN y de AN-1. Esta última es jerárquicamente inferior a AN.

(Ejemplo 1)

{imagen}

En un momento T1, AN-1 rechaza q. A raíz de este acto, pertenecen al SSPR las consecuencias lógicas de los siguientes contenidos proposicionales:

a) Los contenidos proposicionales finalmente sustraídos del SSPO (Derogans).

---

[12] Alchourron, C., y Bulygin, E., 1984 a, pág, 461.

[13] No advertir con claridad esta diferencia lleva a Weinberger a sostener que rechazo y permisión son interdefinibles, afirmando que la diferencia entre ambas cosas radica solamente en la negación de los contenidos proposicionales. Cf. Weinberger, O., 1984, pág. 474.

b) Aquellos contenidos proposicionales no pertenecientes a las Cn A que por sí solos o por su conjunción con las Cn A implican a los contenidos explícitamente rechazados.

c) Aquellos contenidos que no pertenecen a las Cn A pero implican a los contenidos explícitamente rechazados.

d) Aquellos contenidos, no pertenecientes a las Cn A, que implican a los contenidos identificados por el grupo *b*.

De acuerdo a P4, la negación de los contenidos que pertenecen a SSPR están permitidos. Sin embargo, es fácil ver que el sistema normativo no refleja las actitudes de las AN en, al menos, dos sentidos:

1. Existen ciertas actitudes normativas que *son irrelevantes* para la configuración del sistema. Al rechazar q, implícitamente, AN-l ha rechazado los dos contenidos proposicionales que forman la base A del sistema Cn A; pero solamente puede sustraer p de dicha base. La negación de p ‣ q está permitida P4 pero no es permitida P3 y, consecuentemente, los sujetos normativos no están autorizados por el sistema normativo a producir p & -q.

2. Ciertas actitudes normativas son *demasiado relevantes* para la conformación del sistema. Supongamos que en un momento T2, AN-1 promulga q. Las únicas actitudes explícitas, luego de T0, fueron el rechazo y la promulgación de q. Sin embargo el contenido p continúa rechazado. Tal vez genere sorpresa advertir que el sistema normativo de T0 no es equivalente al de T2; aun cuando la única diferencia intuitiva entre ambos es el *status* de contenido derivado de q en T0 y el *status* de contenido formulado de q en T2. Sin embargo, la diferencia entre el sistema normativo de T0 y el de T2 no es simplemente la presentación de la base axiomática del SSPO, sino la diferente composición del conjunto de las consecuencias lógicas del SSPO y del SSPR. Generalizando, aun cuando sean idénticos los contenidos proposicionales que pertenecen al SSPO en T0 y T2, pueden no ser idénticos los contenidos que pertenecen al SSPR en esos mismos momentos.[14]

Podría sugerirse que así como el rechazo es la manera habitual de cancelar órdenes, promulgar es la manera habitual de cancelar rechazos. Pero todavía quedaría por responder si los distintos grupos de SSPR se incorporan al SSPO, o simplemente dejan de ser rechazados. Cualquier solución que elijamos nos alejará de la relación entre actitud normativa-sistema, a menos

[14] Bulygin, E., 1982 b, pág. 138.

que respondamos que lo decisivo es lo que AN quiere hacer respecto de esos contenidos proposicionales. Lamentablemente, habrá demasiados casos en los que AN no conocía qué contenidos rechazaba implícitamente, y respecto de ellos no será posible señalar lo que quería AN al promulgar nuevamente ciertos contenidos.

IV. *Inconsistencia y actitud normativa*

Es usual afirmar que p y -p son inconsistentes, ya que ambas no pueden ser verdaderas, pero de allí no podemos inferir que la pertenencia de p y -p al sistema normativo produzca inconsistencia normativa. Esto lo señalamos anteriormente (secc. II) al caracterizar al facultamiento. Para dar cuenta de ello, A-B señalan dos condiciones necesarias y suficientes para la inconsistencia normativa:[15]

1. Inconsistencia proposicional del SSPO.

2. Una dimensión pragmática: es el hecho de que estos contenidos proposicionales han sido ordenados lo que es decisivo para la caracterización de la inconsistencia normativa.

Este intento de caracterizar la inconsistencia normativa vuelve a vincular actitudes y pertenencia de proposiciones. Sin embargo, resta analizar qué sucede cuando la inconsistencia proposicional se da en el SSPR. Por lo que hemos visto, la pertenencia de una contradicción en el SSPR o en el SSPO producen similares efectos: la eliminación del subsistema correlativo. En un caso, todo contenido proposicional se encuentra ordenado y ninguno rechazado y en el otro caso, todo contenido proposicional se encuentra rechazado y ninguno ordenado. Independientemente de la plausibilidad de llamarle inconsistencia normativa a los casos de inconsistencia en el SSPR, un sistema en el que todo contenido esté rechazado, es tan inútil, a los fines de motivar conductas, como aquel en el que ningún contenido lo está. Cabe advertir, por último, otra importante consecuencia: El sistema normativo no depende de las actitudes de las AN. Si una de ellas ha tenido éxito al permitir p y -p, ha derogado, al mismo tiempo, todas las proposiciones del SSPO y, de allí en más, ningún contenido podría ser promulgado exitosamente por una AN jerárquicamente inferior. De no admitir esta consecuencia, resultaría que todo lo que está ordenado en el sistema normativo

[15] Alchourron, C., y Bulygin, E., 1984 a, pág. 458.

está, a la vez, rechazado. El sistema normativo sería ambivalente, constituyendo este defecto un conflicto proposicional y no de actitudes.[16]

V. *Conclusiones*

- La relación entre actitudes normativas y sistemas jurídicos sólo puede expresarse sin dificultad en modelos simples: AN única (soberano) y normas de obligación (Modelo de Austin).
- La pluralidad de AN de diferentes jerarquías genera problemas al relacionarse con la caracterización del sistema jurídico como sistema deductivo.
- Admitir actos de rechazo implica admitir conjuntos rechazados; de esta manera, la identidad del sistema normativo depende de la identidad de los subsistemas SSPO y SSPR. El hecho de que el SSPO no se modifique luego de una acción normativa no preserva la identidad del sistema en caso de rechazo por adelantado y en la introducción de contenidos redundantes, ya que en ambos casos puede modificarse el SSPR.[17]
- El concepto de sistema jurídico momentáneo tiene que dar cuenta de las relaciones entre el SSPR y el SSPO.
- Los sistemas normativos que contienen proposiciones inconsistentes son defectuosos independientemente de la actitud de ordenar.
- Las distintas situaciones que reciben el nombre de «permisión» muestran que es preferible no reducir el concepto de permisión a un sólo tipo (P1).[18] En otras palabras, es problemático reducir actos de permitir a estados de cosas permitidos.
- La caracterización de los sistemas jurídicos como sistemas deductivos puede servir como test de racionalidad de las AN, pero no como base de una descripción de la relación real entre sistema y actitud.

---

[16] Esto parece sugerirse en Alchourron, C., y Bulygin, E., 1984 b, pág. 363, aun cuando esto entre en conflicto con lo que afirman en 1981, pág. 117.

[17] Bulygin, E., 1986, pág. 200. Stenius, E., 1982. Navarro, P., 1987, pág. 137.

[18] Guibourg, R., 1987, págs. 80 y 112.

BIBLIOGRAFÍA

Alchourron, Carlos, «Normative order and derogation», en *Deontic Logic, Computational Linguistic, and Legal Information Systems*, A. Martino (ed.), vol. II, 1982, North-Holland Pc.
Alchourron, Carlos, y Bulygin, Eugenio, *Introducción a la metodología de las ciencias jurídicas y sociales*, 1974, Astrea.
-, «Sobre el concepto de orden jurídico», en *Crítica*, 8, 1976.
-, *Sobre la existencia de las normas jurídicas*, 1979, Venezuela.
-, «The expressive conception of norms», en *New Studies in Deontic*, R. Hilpinen (ed.), 1981, Reidel PC.
-, «Pragmatic foundations for a logic of norms», en *Rechthstheorie*, 15, 1984 a.
-, «Permissions and Permisive Norms», en *Theorie der Normen. Festgabe für Ota Weinberger*, Krawietz, Schelsky, Winkler, Schramm (eds.), 1984 b.
-, «Libertad y autoridad normativa», en *Boletín de la Asociación Argentina de Filosofía Jurídica y Social*, año 3, núm. 26, 1985.
Bulygin, Eugenio, «Norms, normative propositions, and legal statements», en *Contemporary philososphy. A new survey*, vol. II, 1982 a, M. Nijhoff Publishers.
-, «Time and validity», en *Deontic Logic. Computational Linguistics, and Legal Information Systems*, A. Martino (ed.), vol. II, 1982b, North-Holand PC.
-, «Permissive Norms and Normative System», en *Atti preliminari del II convegno internazionale di studi su logica, informatica, diritto*, 1985 a, Firenze.
-, «Norms and Logic», en *Law and philosophy*, 4, 1985 b.
-, «Legal Dogmatics and the Systematization of Law», en *Rechtstheorie. Beiheft*, 10, 1986.
Guibourg, Ricardo, *El fenómeno normativo*, 1987, Astrea.
Hart, Herbert, «*El concepto del Derecho*», 1968, Abeledo Perrot (trad. de G. Carrió).
Navarro, Pablo, «Redundancia: Notas para su análisis», en *Análisis filosófico*, 1987 (septiembre).
Ross, Alf, *Directives and Norms*, 1968, Routledge & Kegan Paul.
Stenius, Erik, «Ross' pardox and well-formed codices», en *Theoria*, vol. XLVIII, 1982, part. 2.
Vernengo, Roberto, «Funciones normativas y voluntad de signo», en *Anuario de Filosofía Jurídica y Social*, vol. 3, 1983, Abeledo Perrot.
Weinberger, Ota, «On the meaning of norm sentences, normative inconsistency, and normative entailment», en *Rechtsheorie*, 15, 1984.
Von Wright, George, *Norma y acción: una investigación lógica*, 1970; Tecnos (trad, de Pedro García).

LA IDENTIDAD SOCIAL EN HABERMAS: ENTRE EL CONSENSO Y LA ALTERIDAD

El renovado propósito de una reflexión sobre la modernidad en relación al presente, ha tenido que comenzar por enmarcar sus análisis en las coordenadas de una pluralidad de valores como formas de ver y entender la vida. Cuando el problema se aboca al terreno de la ética, la tematización de la identidad se convierte en un dilema privado, íntimo, individual. Cuando se trata de política entonces se convierte en público, en social, en el de una consciencia ciudadana. Ética y política confluyen cuando, como en el caso de Habermas, la discusión con la modernidad, con sus resultados o incapacidades, ha obligado a proponer como esencial la rehabilitación de una racionalidad práctica. En el momento actual, los ideales de vida humana y de felicidad son plurales y no existen nexos argumentales afines; por ello, la pluralidad de los fines, muchas veces antagónicos, igual que las diversas concepciones de la naturaleza y de la condición humana (como de sus necesidades), promueven luego actitudes emotivistas, irracionales y hasta trágicamente irónicas.[1]

En medio de la reflexión histórica, entre una tarea de recuperación de la memoria y una necesidad de articularla con una perspectiva crítica que movilice y otorgue sentido a la vida, el diagnóstico del presente no puede pasar sin entrar antes a una revisión de las limitaciones y aporías que sobrevienen cuando se piensa en la identidad humana como problema privado solamente. La modernidad como proyecto no acabado, necesariamente revisable, debe prestarse a tematizar sobre estas omisiones que representaron los momentos agazapados de una irresuelta articulación del mismo proyecto de la modernidad. Con la recuperación

[1] Richard Rorty, por ejemplo, aboga por un individualismo que, llevado hasta sus últimas consecuencias como romanticismo, no reconoce más que la necesidad de una política para tecnócratas y la moral como privada. Véase *Irony, contingency and solidarity*, Cambridge University Press, 1989.

específica que Habermas hace de los nexos narrativos de la historia de la modernidad, como distorsión y supresión de una concepción particular de entender la naturaleza humana y social, el proceso de reflexión crítica sobre ella es el de una derrota que puntualiza los acercamientos narrativos a los sistemas de argumentación, según los cuales, aportar una razón es, en parte, contar la historia de lo ocurrido.

El momento crucial en la tematización de una posible identidad es el de la escisión entre hombre público y hombre privado. En el centro de este sentido de la vida bifurcada se han originado las más importantes reflexiones contemporáneas de nuestro tiempo. Hegel dio a la identidad el sentido de una lucha por el reconocimiento, movimiento que llevaba a encontrar lo igual y lo distinto, la alteridad y la mismidad en una dialéctica de identidad entre diferentes.[2] Esa lucha formaba parte, a su vez, del reconocimiento explícito y falible de la coexistencia entre los hombres (la eticidad).

Mientras tanto, los espacios de reconocimiento de lo social se han ido desvinculando de los proyectos individuales de vida, de lo que hacemos y lo que somos. En el vórtice de estos dilemas están las convergencias indispensables entre la política y la moral, entre una filosofía política normativa y un discurso ético.

Empezar por el reconocimiento del otro implica la aceptación del diálogo. La comunicación es el único reducto que se opone a la soledad y al aislamiento. Comprender, en este sentido, significa hacer visible los espacios íntimos de configuración del yo (aun cuando existan espacios intraducibles). Cuando esta tarea se hace reflexiva se ejerce la identidad que involucra un concepto central a toda temática social: el de intersubjetividad. La forma específica en que una sociedad articula todos los niveles de vida cotidiana (cultura, creencias, tradiciones, valores y momentos históricos) constituyen el conjunto único e irrepetible del que somos parte, en tanto que biografía, en tanto que historia de vida, en tanto que hombres particulares. La forma en cómo se erige esta intersubjetividad estructurando unos niveles que sobresalen sobre otros, tejiendo institucionalmente unas valoraciones sobre otras, relacionando las necesidades con las condiciones mismas de vida, son también una parte constitutiva de la racionalidad práctica.

Por eso, el que hoy se vuelva a hablar con insistencia de la

---

[2] Hegel, W. F. G., «La dialética del amo y del esclavo», en *La fenomenología del espíritu*, Ed. F. de C. E., México, 1960.

necesaria relación entre ética y política nos devuelve a un plano que aparecía como irremediablemente perdido. Ni los discursos científicos, ni religión alguna son capaces de salvarnos de la finitud y fragilidad que acusamos como síndrome de nuestra época. No existe más que una posibilidad de reconocimiento mutuo y una necesidad de construcción de lo que somos y queremos hacer que sea capaz de otorgar un nexo vital con un mundo propio y compartido. La identidad social es moral porque es la única que se cuestiona sobre lo que somos.

> «Se trata de una elección racional de los medios ante fines dados o de la ponderación racional de los fines ante preferencias existentes. Nuestra voluntad está ya fácticamente determinada por deseos y valores; determinaciones ulteriores sólo se realizan en atención a alternativas en la elección de medios o bien en la fijación de fines (*Zielsetsung*)».[3]

Habermas ha intentado una articulación del proyecto constructivo de una identidad social como intersubjetividad en donde ética y política se entrecruzan. La categoría que articula estas dimensiones de la vida social es la formación racional de la voluntad. Por ello, el presente trabajo tiene la intención de reflexionar sobre estas cuestiones indagando acerca de la posibilidad de plantear que, en el terreno ético y político, debe tener un puente que se trace desde la filosofía de la acción. El concepto que pretendo introducir para este vínculo es el de *phrónesis* (tomado de Aristóteles, reconfigurado luego por Gadamer y con las nuevas ideas que a él, le introduce Alessandro Ferrara). La *phrónesis* como competencia social puede permitirle a Habermas una salida frente a la pluralidad de normas y valores con que tiende a enfrentarse cada vez que propone su esquema formativo de la voluntad racional como construcción de una identidad social.

I. *Ética y política como terreno propicio del concepto de intersubjetividad*

Habermas articula su proyecto de rehabilitación de la racionalidad práctica como una reivindicación de la modernidad.

---

[3] Habermas, J., «Acerca del uso ético, pragmático y moral de la razón práctica», conferencia leída durante el simposium sobre Habermas realizado en México durante su visita en septiembre de 1989, pág. 4.

Pero no de cómo ha podido ser sino de cómo no ha sido, es decir, contrafácticamente. Para ello, es necesario promover un reencuentro entre la ética y la política a un nivel orgánico, de constitución social de la colectividad específica de la que somos parte. En el terreno político existe un espacio constitutivo de colectividades identificantes que se vale de componentes simbólicos de solidaridad, ritualidad y teatralidad. La identidad es un imperativo auto-constitutivo en el nivel de lo social que se refuerza solamente cuando está interconectado con el terreno de la moral, de una reflexión normativa que permite cuestionarnos sobre el proyecto de vida por el que apostamos.

Habermas piensa en su esquema de intersubjetividad como el terreno propicio para la comunicación, como el ejercicio necesario de la comunicación y la reflexión y, en tanto que tal, como procedimental. Habermas recupera la noción ilustrada de voluntad, pero no como una voluntad rousseaunianamente general, sino como espacio comunicativo y reflexivo de igualdad ciudadana (Fröbel) que, como formación colectivo-reflexiva de la consciencia política es capaz de articular la comunicación como un saber y competencia, cuyo mejor impulso, son las argumentaciones no coactivas. Tal propuesta teórica se beneficia de la teoría social y es por ello que Habermas se ha vinculado cada vez más a procedimientos hermenéuticos y pragmáticos.

> «A diferencia de Rousseau, que ve una conexión natural entre razón práctica y la voluntad soberana de una colectividad -la simple forma de ley general- Fröbel la ve sustentada en un procedimiento de formación de opinión y voluntad que estipula cuándo es posible sospechar que una voluntad -no una razón- política tiene razón».[4]

Cuando Habermas recurre a la hermenéutica, tiene ya en mente el vínculo específico que la formación de la voluntad política tiene con los elementos comprensivos y de sentido y, más aún, de lo que puede ser el potencial de una autorreflexión crítica.[5] Pero la hermenéutica sola, con el único apoyo de los procedimientos hermenéuticos no puede situarse como crítica y, por ello, sólo es posible si se la relaciona con un modo de explicación

---

[4] Habermas, J., «Soberanía popular como procedimiento», conferencia dictada en México por el doctor Habermas en el simposium que con motivo de su visita se realizó en septiembre de 1989, pág. 21.

[5] Véase debate Habermas-Gadamer, en *La lógica de las ciencias sociales*, Ed. Tecnos, trad. Jiménez Redondo.

causal cuyos referentes empíricos y categorías abstractas permitan interpretar las patologías de la modernidad. Es por eso que Habermas llega a la hermenéutica a través de las consideraciones sobre la relación entre el lenguaje y la acción que ha posibilitado la comprensión de su vínculo indisoluble. Cuando polemiza con Gadamer, Habermas traspasa el umbral de la lingüística y con ello, enfrenta a la pragmática como el siguiente paso teórico. La pragmática correlaciona directamente al lenguaje en uso con sus contextos. Ambos precisan el sentido y la interacción entre los distintos niveles en los que nuestra realidad se encuentra tejida. La teoría crítica es la mediadora entre las explicaciones causales y la comprensión de sentido. Ella es el ejercicio radical de Ilustración, en tanto que impone prácticas de acción y reflexión que constituyen la actividad política de los grupos sociales, así como las argumentadas orientaciones sobre la acción que ellos decidan.

El puente que se establece entre una racionalidad teórica y otra práctica es el de la voluntad política como ejercicio reflexivo y de sentido que da a la identidad intersubjetiva de un grupo social una estructura, un proyecto ético-político.

Habermas piensa que volviendo al concepto de ilustración, entendiendo con ello la autorreflexión crítica como conocimiento, es posible constituir una voluntad política que luego será racional y que es la única capaz de indagar sobre el sentido de la acción, de los deseos, de los valores y de su articulación e institucionalización como formas de vida.

«No deja de ser sintomática que, según los criterios de racionalidad tecnológica no pueda alcanzarse nunca un acuerdo sobre un sistema colectivo de valores por la vía de una discusión ilustrada en el espacio público-político, es decir, a través de un acuerdo alcanzado racionalmente, sino sólo por la suma o compromiso los valores están en principio fuera de toda discusión».[6]

En la medida en que la forma comunicativa de organizar la práctica queda sustituida por una «auto-estabilización cuasi-instintiva de los sistemas sociales», desaparece ese proceso de autoilustración política que debe ejercer la ciudadanía como voluntad política. La configuración de ella requiere, no sólo de una información adecuada (politización), sino de la posibilidad de auto-constituirse como una reflexión colectiva que implique valoración,

[6] Habermas, J., *Theorie und Praxis*, hay trad. por Tecnos, Madrid, 1987, pág. 307.

discusión y argumentación en torno a las consecuencias de toda índole que atañen a los diversos medios para conseguir ciertos fines. Cuando reflexionamos sobre lo que hacemos y deseamos realizar erigimos la identidad moral.[7] Una recuperación de la voluntad política capaz de someter a crítica tanto a las prácticas de una racionalidad instrumental como a las reflexiones normativas y expresivas de lo social es el único camino para recuperar las máximas de la ilustración.

La máxima de la ilustración, según la cual, la toma de decisiones se convierte en una discusión pública que no tiene coerciones de ninguna especie y que reconoce la necesidad de participación de todos los que conforman el colectivo social es el objetivo habermasiano que prima en toda su obra.

A partir de *La teoría de la Acción Comunicativa* Habermas reformula su concepto de formación de la voluntad política en el de formación racional de la voluntad. Habermas utiliza a la pragmática como una herramienta reconstructiva de la forma en la que intuitivamente aprendemos a hacer uso del lenguaje para comunicarnos. El contexto y el sentido articulados enmarcan la configuración social que se delimita en cada intersubjetividad, y en base a su posible reconstrucción, se erige la crítica y contrastación con lo que se considera como racional en tanto que comunicación. La formación de la voluntad racional es mediadora entre procesos históricos concretos y se apoya en esquemas reconstructivos de lo que se considera una racionalidad comunicativa.

De esta forma, la teoría de Habermas encuentra un concepto de intersubjetividad en cuyos espacios ético-políticos queda estructurada la proyección y discusión de los fundamentos e ideales normativos. Es en la intersubjetividad en donde se deben hallar los cimientos de la identidad social, del filtro social en el que recae cada individualidad. El esfuerzo habermasiano por construir un modelo mediador entre el individuo y el grupo social se constata con su idea de intersubjetividad como el espacio compartido en el que se configura la formación racional de la voluntad. Habermas considera que todas las cuestiones de opinión son parte de la intersubjetividad y que, por tanto, la escisión entre

[7] Autores como Charles Taylor y Carlos Thiebaut han estado trabajando sobre el concepto de identidad moral de la modernidad: véase Taylor. Ch., *Sources of the self. The making of modern Identity*, Harvard U. Press, 1989; Thiebaut, C., *El arte del nombrar*, próximo a publicarse en la editorial La Balsa de Medusa.

hombre público y hombre privado pone en entredicho el sustrato fuerte que sostienen los ideales ilustrados, aquel en el cual el saber es intersubjetivamente compartido por todos. A esto responde su preocupación por la formación racional de la voluntad que requiere de mecanismos interconectados con la acción política pero que, para hacerlos factibles, deben hacer uso también de la reflexión moral conjunta. Es necesario, pues, combatir la colonización de los mundos de vida. Ello significa que debe encontrarse un camino a través de la teoría social (la hermenéutica y la pragmática como herramientas de la teoría de la acción comunicativa) que suplante a la filosofía. El camino de la racionalidad es aquel en el que pueden abrirse hacia un diálogo todas las cuestiones que pertenecen a las distintas esferas del saber que son compartidas en la intersubjetividad (verdad, rectitud y sinceridad).

Pero Habermas va más lejos tratando de combatir a los demonios plurales de Weber. Pretende, en su reconstrucción, dejar asentado que sus conceptos como el de moralidad universal o legalidad, que han fructificado en algunas prácticas concretas de la democracia contemporánea, son formas que la ilustración ha ganado como formas racionales. Son parte de un proceso de aprendizaje colectivo que, mediante acciones y prácticas, ha ocupado el territorio de la intersubjetividad.

El núcleo de la concepción habermasiana de la identidad colectiva como intersubjetividad lo ha tomado de Durkheim. La autoridad moral de las normas sociales tiene su anclaje en lo religioso. En la intersubjetividad, el consenso normativo es mediado de una forma simbólica por todo lo que promueve culturalmente una identidad colectiva. La modernidad inaugura la «lingüistización de lo sagrado».

> «El simbolismo religioso representa una de las tres raíces prelingüísticas de la acción comunicativa; pero sólo a través de la acción comunicativa pueden ramificarse las energías de la solidaridad social ligadas al simbolismo religioso y como autoridad moral, lo mismo a las instituciones que a las personas.[8]

Así las funciones de la práctica religiosa pasan a convertirse en parte de la acción comunicativa. Por tanto, los fenómenos que pertenecen al mundo de la vida tales como la reproducción cultural, la integración social y el desarrollo de la personalidad,

---

[8] Habermas, J., *Theorie des kommunikativen Handelns*, tomo II, pág. 93.

son parte del proyecto de racionalización como comunicación o como razón comunicativa. La intersubjetividad es, por tanto, el núcleo de la identidad colectiva entretejida con la individual.

II. *La identidad entre diferentes en la pluralidad de mundos de vida*

Cuando Habermas construye su esquema del diálogo ideal de la comunicación como esquema contra-fáctico, proponiendo al mismo tiempo que lo constitutivo de la identidad social debiera ser el consenso y no la discrepancia, enfrenta un problema irresoluble en sus términos, el de la pluralidad de valores y la forma en que el acuerdo como consenso implica un grado de racionalidad. Albrecht Wellmer en *Ethik und Dialog* ha hecho una crítica a este criterio de racionalidad como algo imposible y, al mismo tiempo, como un criterio circular.[9]

Habermas se introduce en un «impasse» cuando propone la idea de racionalidad consensual en la que luego se puede dar privilegio a la decisión de la mayoría. Los ejemplos de errores históricos de decisiones en los que la mayoría ha decidido son evidentes y no son precisamente racionales. Aun para los utilitaristas el dilema del «flujo equilibrado» de todos los intereses sociales en el proceso de modernización es un problema. La única forma de salvaguardar la identidad como una «identidad entre diferentes» es potenciando las diferencias que son lo que hacen de una intersubjetividad específica algo singularmente compartido. Son los diferentes estratos valorativos y simbólicos que articulan nuestras visiones particulares de ver el mundo lo que nos permite identificarnos con otros. Pero si nuestra construcción social de la realidad es también un signo distintivo de lo que somos y hacemos, en tanto que seres concretos, entonces nuestras versiones no pueden tomarse como algo válido o verdadero

[9] «La teoría de la verdad consensual, tal como la han desarrollado Apel y Habermas, trata una vez más de establecer un paradigma último de validez intersubjetiva. La idea subyacente es que este parámetro de validez, en contraste con todos los parámetros particulares, criterios, o reglas, nunca podrían cuestionarse, ya que coincidirían con la noción misma de verdad. La teoría consensual podría establecer dicho paradigma, pero sólo con el precio de hacerlo inaplicable en tanto paradigma... Apel y Habermas, quienes quieren defender a la razón, tratan de mostrar que hay tales criterios, sólo que son formales o procesales.» Véase Wellmer, A., «Intersubjetividad y razón», en *Racionalidad*, Ed. Siglo XXI, pág. 261.

en términos consensuales o representacionales, sino como lo que ha sido prudente creer en una situación determinada y en la que no es posible apelar a los juicios *a priori*.[10] Pero de acuerdo a Habermas, la manera de evitar el relativismo que sobreviene cuando no se demarca claramente un criterio de racionalidad es mediante el criterio de mayor rango de racionalidad que sobreviene cuando tenemos la opción de cuestionarnos sobre el papel que tiene nuestra interpretación de los hechos. Tal visión no evade la conclusión de que el criterio de racionalidad, en el cual se acepta como rango de ella la consciencia de las diversas interpretaciones sobre la realidad, es un criterio etnocéntrico. Pero cuando nos enfrentamos a criterios en donde se trata de dos marcos éticos post-convencionales o dos formas de ver la vida post-tradicionales o incluso dos paradigmas científicos con igual número de anomalías o de aciertos, el criterio de racionalidad se diluye. Frente a esta problemática de la pluralidad de valores, se puede hablar de una identidad entre diferentes sin caer necesariamente en un relativismo absoluto al reubicar a la *phrónesis* como una competencia comunicativa necesaria para la construcción de la identidad social, es decir, de la valoración de la intersubjetividad que está en juego.

El concepto de juicio prudencial se constituiría como una habilidad necesaria requerida para tomar una buena decisión. Si la voluntad racional exige la capacidad de argumentación y de comunicación, entonces entramos de lleno, en lo que Habermas llama la formación racional de la voluntad. La mejor elección no podría demostrarse pero sí ser **ilustrada** en la misma práctica. Y ella sólo se conseguiría si se pudiera tener una consciencia cabal de la fragilidad de la identidad que se reconstituye a cada paso, tras reflexiones, tras deliberaciones, tras una construcción comprometida de la necesidad de rearticular lo que debe primar sobre lo que no y con un reconocimiento de la fuerza de la movilidad social (con sus distintos llamados a la solidaridad que requieren los distintos grupos en particular). Ello implica reconocer que lo que nos hace identificarnos es la necesidad del reconocimiento de los otros. Alessandro Pizzorno lo ha expresado como una crítica al individualismo metodológico, tan en boga en nuestros días: «Detrás de la autonomía es necesario algún otro yo que la reconozca».

---

[10] Esta concepción prudencial sobre la realidad es una interpretación pragmatista, especialmente, en la visión de John Dewey y de William James. Actualmente, teóricos como Rorty y como Alessandro Ferrara han vuelto a insistir en la necesidad de recuperar estas visiones pragmatistas.

La formación racional de la voluntad exige una capacidad de argumentar y explicitar los juicios que vinculen las consideraciones dialécticas de una interacción social y que permitan que la comunicación sea un lazo de reconocimiento de la otredad y la mismidad como factores dinámicos que aseguren la identidad entre diferentes.

La competencia social que es la *phrónesis* se ejerce desde que el momento reflexivo hace de su racionalidad una práctica con juicios prudenciales que consideran lo menos malo como la mejor decisión, como lo que es prudente creer dada una situación determinada.[11] La formación de una identidad es el único proyecto que puede confirmarnos en la finitud, en la imperfección y en la fragilidad, pues una identidad nunca se acaba de lograr y, sin embargo, es una necesidad humana el luchar por conseguirlo.

> «Lo que da respuesta a esta pregunta (de quién soy yo) para nosotros es un entendimiento de lo que es de crucial importancia para nosotros. Saber quién soy yo es una especie de conocimiento sobre dónde estoy situado. Mi identidad es definida por los compromisos e identificaciones que proveen el marco u horizonte en el cual yo puedo determinar de caso en caso lo que es bueno, valioso, o que debe hacerse, o con qué debo solidarizarme u oponerme. En otras palabras, es el horizonte en el cual yo soy capaz de tomar una posición».[12]

El juicio prudencial o *phrónesis* es una capacidad reflexiva que se ejercita y se practica en la acción y en la toma de decisiones, pues ella es la mediadora entre los diversos valores colectivos. Se podría decir incluso que la prudencia de creer alguna cosa y la que se decide a elegir por lo que permite una mejor aproximación al problema es la que posibilita una dimensión más profunda de la realidad. La verdad como conocimiento y necesidad estarían fuera de este esquema y, en su lugar, un nuevo concepto de corrección estaría en relación con las contingencias en las que estamos inmersos los seres humanos en nuestras acciones.

Al hablar de una identidad colectiva como un proyecto de recuperación de la intersubjetividad, volvemos a insistir que, en

---

[11] Véase Ferrara, A., «On phronesis», *Revista Praxis International*, invierno de 1987-88.

[12] Taylor, Charles, *Sources of the Self. The making of the Modern Identity*, Harvard University Press. Massachusetts, 1989, pág. 27.

ella, ya no se vislumbran estructuras universales ahistóricas, sino los elementos que, dada cierta situación, resaltan más que otros. Por tanto, una visión así requeriría de la historia pero no de una reconstrucción hegeliana de los proyectos de vida racionales sino como un recuento narrativo en el que se trataría de especificar las estructuras potenciadas por las decisiones de una comunidad social, como las que en un momento dado, permitieron el máximo de posibilidades creativas e imaginables con respecto a su proyección y potencialización futura.

Habermas teme a la pluralidad de valores (de los demonios que Weber siempre tuvo presentes) y por ello, rehuye el problema de la coexistencia de los mismos en un proyecto ético-político. La *phrónesis* como juicio prudencial es una mediadora entre los valores plurales. Las éticas cognitivistas como las de Rawls o Habermas imponen una separación precisa entre las normas y reglas en relación con la universalización de ciertos juicios morales que deben separarse de las orientaciones pluralistas de valor. La ética que sólo mira por la rectitud parece incapaz de orientar la acción y de dar cuenta de los juicios de la esfera privada. Una noción de identidad que no se nutra también del específico filtro del individuo, carece de articulación de lo que he llamado identidad entre diferentes. La posible relación entre ética y política se comprende sólo en la medida en la que lo social y lo privado intervienen en nuestra auto-constitución. Encontrar un punto de equilibrio entre ambas parece imposible si se la contempla desde esta perspectiva. No en vano el problema de la identidad y del sujeto vuelven a interesar a los teóricos sociales desde muy diversas perspectivas.

La *phrónesis* es indispensable para la conformación de los juicios morales en, por lo menos, cuatro aspectos:

1. En la medida en la que se debe determinar el cómo de la aplicación de normas sobre una situación concreta.

2. En tanto que uno debe decidir si una acción cumple su prescripción.

3. En la medida en que ciertas interpretaciones de una norma están enraizadas en valores competitivos que exigen una elección.

4. En la medida en que las acciones son interpretaciones de actividades y dependiendo de la interpretación que de ellas hacemos, pueden tener distintas implicaciones éticas.

Volvamos ahora al punto en el que la teoría de Habermas se enredaba con aquello del consenso como fundamento de lo racional y lo racional como el camino a seguir para el consenso.

Habermas, recuperando la idea ilustrada de voluntad general,

toma como idea regulativa a la situación ideal de habla. La verdad de los enunciados y la corrección de las normas yacen, supuestamente, sobre un consenso racional y éste se genera a partir del modelo contrafáctico, ficticio, de la situación ideal de habla. Dicha situación debe cumplir, al menos, con cuatro requisitos: participación irrestricta, igualdad de estatus, igualdad de oportunidades para continuar o terminar un discurso e igual grado de motivaciones sinceras y cooperativas. El problema que aquí se le presenta a Habermas es que no puede ser un criterio para la evaluación racional del consenso. Porque de hecho, no existe el mínimo de claridad para saber qué es lo que, efectivamente, puede considerarse como «lo más racional». Tomemos, por ejemplo, a un grupo numeroso de personas que pueden estar discutiendo durante mucho tiempo, o al contrario, a un grupo reducido que extienda su discusión hasta límites más allá de lo imaginable. ¿Cuál de ellos puede considerarse más racional? Otros ejemplos pueden igualmente ilustrar lo que digo. Dentro de un grupo de personas que han estado discutiendo durante algún tiempo y, finalmente, llegan a un acuerdo -¿puede considerarse racional, si entre ellas existen posiciones asimétricas? O, en un caso contrario, supongamos que tenemos a un grupo de gente que ha utilizado sus posibilidades de intervenir en una discusión con entera libertad pero que, internamente, tienen deseos de manipular a su interlocutor-, ¿podría considerarse como algo racional?

Una posible solución sería el considerar como criterio de mayor racionalidad al que se genera en las situaciones concretas que implica reconocer qué combinación específica de factores representa la mejor aproximación a la situación ideal de habla.

El universalismo habermasiano considerado como formal o procedimental se erige como un criterio de evaluación de complejos simbólicos que se argumentan como presuposiciones derivadas de un análisis pragmático del habla, que ya no puede evadir el reconocimiento de la pluralidad de formas de vida. Habermas en *La Teoría de la Acción Comunicativa* ha denominado racional al criterio que puede establecerse sobre la posibilidad de entender cómo interpretamos la realidad y la interpretación que más elementos de contrastación tiene aparece como la más racional. Cuando hace esta clasificación hegeliana de racionalidad con respecto a culturas distintas reconoce su carácter etnocéntrico. Pero cuando se enfrentan dos culturas distintas postindustriales, o dos teorías éticas post-convencionales o dos paradigmas científicos, ya no parece tan fácil resolver cuál de ellos es más racional. Porque un criterio de la satisfacción de

presuposiciones de la argumentación no puede orientar la elección entre dos complejos simbólicos competitivos. Sólo un concepto como el de *phrónesis* puede rescatar a esta opción de un fundamentalismo metafísico.

El concepto de *phrónesis* tal y como lo ha trabajado Alessandro Ferrara,[13] **sustrae** al concepto de su carácter estrictamente ético para darle una cualidad de competencia general, de «know how» o saber intuitivo, que se configura como un juicio necesario que permite una elección entre complejos de problemas interesquemáticos, transparadigmáticos o transculturales. Y en vez de plantear con tal concepto la base de un universalismo o principio de generalización, se podría intentar situarlo como una vía estimulante para la investigación específica que es inherente al juicio prudencial en sí mismo.

Ferrara define a la *phrónesis* así: «Es la competencia para elegir entre dos esquemas conceptuales que implican valorizaciones distintas e incompatibles en las que no se puede invocar a criterios *a priori*».[14]

Vista así, la capacidad de ejercer este juicio prudencial en la investigación científica potenciaría la designación de elegir entre dos paradigmas rivales o programas de investigación competitivos que tienen números semejantes de anomalías o de beneficios. En un terreno ético, la *phrónesis* designaría la habilidad moral del actor para preferir entre distintas orientaciones de valor en conflicto que, normalmente, comportan diferentes modos de vida. Pero para el esquema habermasiano podría tomarse como la habilidad del actor para evaluar el consenso racional y qué factores de la situación ideal de habla se acercan más al tipo ideal como una conjunción de posibilidades. En la medida en que reflexionamos sobre las diferencias cualitivas y sobre nuestras decisiones como algo determinante de ellas, el concepto de intersubjetividad como identidad social adquiere una configuración real.[15]

La prioridad de valores, qué valores pueden ser más importantes que otros, así como las necesidades humanas básicas que una sociedad requiere no pueden responder con el argumento de unos universales dados *a priori*. Porque la relación de ellos, la prioridad de unos valores sobre otros, de una forma de vida, de

---

[13] Ferrara, Alessandro, «On phronesis», en *Revista Praxis International*, invierno de 1987-88.

[14] *Ibíd, op. cit.*

[15] Así lo tratan en sus libros Charles Taylor, Carlos Thiebaut y Alessandro Ferrara.

una manera de entender el mundo son la configuración específica que nosotros le otorgamos cuando decidimos sobre el proyecto de vida por el que apostamos. Lo que se erige como una identidad cultural concreta es el **equilibrio de los factores que la componen y la hacen única**. A esto, Stephen Toulmin lo llama «ecología intelectual».[16] La cuestión entonces vendría a ser algo así como: ¿cómo realizamos un juicio acerca de la integridad de una posible identidad? Las necesidades han de verse con lo necesario, los valores deben formar parte de una estructura mucho más compleja que las formas institucionalizadas como patrones generales. Así lo expresa Ferrara cuando dice que:

> «La dignidad del ser humano, su valiosa existencia, o alguna noción semejante compartida es el punto determinante de por qué necesitamos lo que necesitamos y valoramos lo que valoramos».[17]

Esta noción interrelacionada entre valores y necesidades tiene que ver con lo que podemos llamar la identidad intersubjetiva. En ella se pone en juego nuestra percepción de continuidad, la configuración de nuestras urgencias y un proyecto ideal de lo que virtualmente queremos ser y hacer. Dewey contemplaba en su pragmatismo esta interacción entre acción e imaginación con el núcleo vital de nuestros deseos e intenciones ligados a una realidad concreta. Todo lo que no se vincule a las varias instancias que ella comporta queda como un mero producto de la fantasía o a lo sumo, de la ideología.

La identidad individual se concibe de acuerdo a las necesidades vinculadas con nuestra interiorización del mundo externo y social, con la autoestima y la capacidad de orientarnos dentro de la interacción social de acuerdo a nuestros valores delimitados por ella. La identidad colectiva contempla también la reproducción cultural, la integración y socialización como factores clave para la transmisión, reproducción y mantenimiento de los valores.

El equilibrio entre necesidades y valores es la misma capacidad de ejercer un juicio que permite una relación especial con la imaginación con el objetivo de crear una identidad equilibrada y cohesionada. La *phrónesis* es una habilidad de crear cursos de acción y de asignar prioridades a los valores de forma tal que resulten **auténticos** y opuestos a la perpetua teatralidad. La capacidad

---

[16] Toulmin, Stephen, *On human understanding*, hay traducción al castellano en Alianza Universidad, Madrid, 1979.

[17] Ferrara, A., «On phronesis».

de reconocer qué necesidades son cruciales para el equilibrio de una identidad no puede ser la misma que la capacidad de lograr una autorrealización efectiva, aun cuando constituya una condición para ello. Lo que en suma debe ser reconocible para ejercer un juicio prudencial es lo auténtico, ello permite la integridad de un actor, su recuperación es la autenticidad.

El verdadero proyecto humano involucra una noción de poder hacer las cosas bien, en la excelencia. La **Eudaimonia** de Aristóteles tendría que convertirse en una teoría de la identidad como lo han señalado varios autores.[18] Mantener, en este sentido, la identidad, sería encontrarle cohesión a nuestra actuación en una pluralidad de situaciones. Actuar bien, quiere decir tomar los retos que la propia identidad promueve como una parte específica de la biografía de la que nos apropiamos. En el curso de la vida, uno es capaz de enriquecer la trama narrativa con una cantidad de episodios y etapas compatibles con la finitud, lo fragmentario, como una dialéctica entre esos fragmentos diferentes que nos constituyen como un ser único e irrepetible. La habilidad de unificar estos momentos de la vida y la biografía de la que somos parte, como una narración coherente, es el bien que Aristóteles denominaba **Eudaimonia**.

El objetivo de ella no es otro que sí misma. Es un rasgo de carácter que se expresa en la acción como ingrediente esencial de una forma de vida, la que conduce a la **Eudaimonia**. Y ya que ninguna virtud puede ejercerse a menos que uno sea capaz de apreciar cómo las diferentes situaciones confieren distintos significados a nuestros actos, la *phrónesis* nos proporcionaría un ordenamiento de los diversos bienes que requiere nuestra vida. Y, por ello, no puede ser universalmente *a priori*, sino que su justificación es su particularidad y su consciencia es la adquisición de la identidad.

Con la *phrónesis* se evitaría caer en discursos abstractos y podría articularse como un procedimiento deliberativo, constitutivo de cualquier voluntad política e intersubjetiva que exige una normatividad como forma particular de salvaguardar la identidad. Un proyecto dialógico que cimentara su fuerza en lo que considera su conexión de necesidades y valores, como proyecto concreto, es ya el ejercicio de autoconstitución, cuya memoria histórica le permite situarse en la fragilidad mundana que obliga a instancias específicas para enfrentarlo, en cada caso, como el

---

[18] Ferrara ve el proyecto de identidad social relacionado con la *Eudaimonia* de Aristóteles. Carlos Thiebaut lo ve relacionado con la filosofía de la acción en *Cabe Aristóteles*, Ed. La Balsa de Medusa, Madrid, 1989.

proyecto de vida mejorable, como el compromiso inequívoco de saberla vivir como el reto continuo.

BIBLIOGRAFÍA

Ferrara, A., «On phrónesis», Praxis International. 7:3'4, Invierno de 1987-88.

-, «A critic of Haberma's consensual theory», Praxis International.

Habermas, J., *La reconstrucción del materialismo histórico*, Ed. Taurus, Madrid, 1983.

-, *Teoría y praxis*, Ed. Tecnos, 1988.

-, *La Teoría de la Acción Comunicativa*, Ed. Taurus, Madrid, 1988.

-, *Escritos políticos*, Ed. Península, Barcelona, 1987.

-, «Acerca del uso ético, pragmático y moral de la razón práctica», conferencia leída en México en el simposium Habermas, en 1989.

-, «Soberanía popular como procedimiento», conferencia leída en México en la Escuela de Medicina, 1989.

Taylor, Charles, *Sources of the Self. The making of Modern Identity*, Harvard University Press. Massachusetts, 1989.

Thiebaut, Carlos, *Cabe Aristóteles*, ed. La Balsa de Medusa, Madrid, 1989.

-, *El arte del nombrar*, próxima publicación en La Balsa de Medusa.

Toulmin, Stephen, *On human understanding*, trad. en Alianza Universidad, Madrid, 1979.

N O T A S

LOS DERECHOS HUMANOS COMO RAZONES MORALES JUSTIFICATORIAS

1.

La interpretación de los derechos humanos como derechos morales es lugar común en la literatura política y filosófica anglosajona. En la literatura sobre los mismos, en las lenguas latinas y aun en la literatura centroeuropea, la referencia a los llamados derechos morales aparece como resultado de la influencia de los autores anglosajones. En estos últimos, el giro tiene una larga tradición, no sólo como expresión corriente en la lengua usual, sino como designación frecuente en el pensamiento filosófico: se encuentra, así y por ejemplo, en Hobbes. En inglés, la expresión *moral rights* está asociada al predicado *morally right*, que puede traducirse, aproximadamente, como «correcto», «adecuado», «apropiado». *That is morally right to do* quiere decir algo así como «está suficientemente justificado hacer tal cosa» o, «es correcto hacer tal cosa». La expresión no es entendida, normalmente en inglés, como un término técnico, sino que posee la corriente amplitud de sentido y flexibilidad de uso propia de giros del lenguaje corriente. Si bien, en la literatura jurídica, se la contrapone a los *legal rights*, los *moral rights* no son entendidos como una extensión o derivación de los *legal rights*, toda vez que las definiciones técnicas de esa frase sólo se dan en los jurisconsultos influidos por el análisis agustiniano o por la dogmática continental.

El caso es diferente en castellano, donde la expresión derecho *moral* es claramente una traducción del inglés cuya artificialidad es patente, toda vez que el adjetivo *moral* en inglés no tiene connotaciones idénticas a su homónimo castellano. Por su parte, una traducción literal de *legal right* suena en castellano, como en alemán, redundante, pues un *derecho jurídico* es casi algo así como un círculo redondo. En castellano técnico moderno, los *legal rights* de los ingleses suelen equivaler a los derechos subjetivos de la dogmática de inspiración continental. De ahí que los

derechos humanos, que tanta tinta hacen correr en nuestros días, sean pensados naturalmente, en la tradición continental europea, como derechos subjetivos, categoría teórica ésta que, sin embargo, parece en muchos casos insatisfactoria o insuficiente. Los derechos humanos, en inglés, son pensados primariamente como *moral rights*, que pueden llegar a ser, mediante los actos de promulgación pertinentes, *legal rights* en un derecho positivo. Para esta tradición, suena a paradójico, cuando no a absurdo, que un *human right* no sea de consuno y previamente (terminología oscura pero usual) un *moral right*. El problema, para el inglés, reside en saber cómo esos *moral right*, previos y no menesterosos de promulgación positiva, puedan llegar a configurar *legal rights*. En nuestra tradición lingüística y teórica, los derechos humanos son o tienen que llegar a ser, derechos subjetivos. El interrogante ético, aunque no jurídico, es si, por serlo, también tienen fundamento moral: ¿son los derechos subjetivos, positivamente instituidos, derechos morales?, expresión esta última entendida como referencia a normas que son correlatos de deberes u obligaciones morales.

2. Me interesa analizar, en estas páginas, un ensayo de incorporar de alguna manera esa interpretación, redefiniendo qué haya de entenderse por un derecho subjetivo, o, como veremos, la expresión en que se dice que un sujeto tiene derecho a algo. En tal ensayo, respaldándose fundamentalmente en doctrina anglosajona, se propone, con todo, que los derechos humanos sean entendidos como derechos morales, los cuales también son definidos de una manera especial. Me referiré, pues, al ensayo de Francisco J. Laporta, *Sobre el concepto de derechos humanos*.[1]

Como la noción de derecho moral no es corriente en castellano, quizás convenga referirse inicialmente al análisis de la misma que propone Laporta. Mientras la noción de derecho jurídico, valga la redundancia, es objeto de una propuesta específica por nuestro autor, la de derecho moral no es objeto de una explicitación conceptual precisa. Se dice, sí, que «en la teoría

[1] En *Actas de las X Jornadas de Filosofía Jurídica y Social*, Alicante, diciembre de 1987. En adelante, este ensayo será citado con la sigla «CDH», seguido por la numeración de la página. Posteriormente a la redacción de este trabajo, el ensayo de Laporta, con ligeras modificaciones, ha sido publicado en *Doxa* 4, Universidad de Alicante, salido de prensas a finales de 1988; dicho número contiene una serie de artículos polémicos que, claro está, no han podido ser tomados en cuenta en este escrito. En las notas que siguen se indica en segundo término la paginación correspondiente al texto publicado en *Doxa* (Con la letra «D» antepuesta).

moral predominante», se intenta «fijar el origen genético (y la justificación) de la atribución de derechos en el juego de algunas instituciones morales o en la ocupación de 'posiciones' en el esquema ético-social.»[2] Partiendo del supuesto, por cierto cuestionable, de que haya instituciones morales y roles morales, se dice, en el texto comentado, que los derechos morales son atribuidos a los individuos que actúan en una institución «de acuerdo con sus pautas». En una promesa, quienes reciben una promesa «se veían investidos de derechos morales» frente al promitente; al ocupar alguien el rol de padre, por ejemplo, «se le adscribían ciertos derechos morales». Laporta advierte, con todo, que estas explicaciones remiten a instituciones, pautas, roles, posiciones y a autoridades o sujetos adscriptores de derechos morales, que no son pensados en términos puramente morales. Pues, por ejemplo, ¿de dónde provienen las pautas institucionales que atribuyen derechos morales, o quiénes son las autoridades que adscriben derechos morales a los ocupantes de un rol?

De ahí, que nuestro autor proponga «emancipar la idea de derecho moral de sus condicionamientos institucionales o de sus condicionamientos de rol», con lo que se obtendría, una idea *descontextualizada* de derecho moral. Los derechos morales, de esa guisa, quedarían desvinculados de toda institución ética concreta, propia de una moralidad positiva, y aún, de las instituciones que propusiera una moralidad crítica. Vale decir, si interpreto bien esta propuesta: que un derecho moral es ajeno a un código moral prescriptivo que funcione como una moral concreta, y también es ajeno a los principios ideales que postule una moral crítica. Resulta así que los derechos morales, de existir, tienen que ser analizados en términos de datos no estrictamente morales, sino más bien sociales (instituciones, pautas institucionales, roles sociales, etc.), y que de aceptarse su existencia descontextualizada, se trataría en todo caso de fenómenos ajenos a toda moral concreta o a los principios de una moral crítica. Uno se pregunta, entonces, ¿por qué considerarlos, al fin y al cabo, como fenómenos morales?

3. El concepto de derecho subjetivo -aceptando que éste es el término técnico para designar el conjunto de nociones a que se recurre, en la jurisprudencia, para entender giros tales como «tener derecho», o, más precisamente, «el sujeto A tiene derecho a X»-, en cambio, es objeto de una propuesta de redefinición, pues Laporta considera, con razón, que las acepciones corrientes

[2] CDH, 21; D 33.

de derecho subjetivo no sirven para dar cuenta satisfactoriamente de los derechos humanos. En efecto, éstos, los derechos humanos, tienen por de pronto, en el discurso de «los teóricos más influyentes», una especial «fuerza justificatoria o motivacional, como si se tratara de los escalones últimos y más poderosos de los sistemas morales y jurídicos», en el sentido de que expresan exigencias éticas y políticas «tan fundamentales que no son susceptibles de negociación o trueque».[3] Sin embargo, su categorización como derechos, en un sentido jurídico, da pie a dificultades teóricas y a complejidades conceptuales, pues la palabra «derecho», como es sabido, tiene múltiples aplicaciones en el discurso jurídico. Algo tienen, sin embargo, en común esas «múltiples apariciones»: se trata, cuando de tener derechos hablamos, de una expresión propia de un lenguaje normativo. De ahí que constituya un error conceptual -subraya Laporta- referirse a derechos antes de que existan normas, como sería el caso en el estado de naturaleza imaginado por Hobbes. Entender, como es frecuente, la expresión «tener derecho» como «sinónimo de libertad en ausencia de normas respecto de X», sería, por otra parte, un sinsentido. No sólo, quizás, como eruditamente se sugiere, en cuanto ya Pufendorf habría indicado que no se puede tener un derecho de no existir normas que impongan a los restantes sujetos un deber de abstención, sino en cuanto no podemos pensar normativamente el derecho que tenemos si partimos del supuesto de que no hay norma alguna.[4] Pero también cabe advertir, como es opinión frecuente, que la ausencia de normas, con que se equipara la libertad, puede ser pensada, tanto como una eliminación de normas que establecen deberes y prohibiciones, como la instauración de normas que otorgan autorizaciones, etc. Pero el carácter problemático de la noción de tener un derecho (subjetivo) radica para Laporta en cuestiones de otra índole.

Por de pronto, el reduccionismo extremo que llevara a pensar que un lenguaje normativo está exclusivamente formado por enunciados modales deónticos, o, lo que es lo mismo, que el discurso jurídico está integrado enteramente por normas, suscitaría la pretensión, característica de teorías del derecho de inspiración positivista, de pensar también a los derechos subjetivos, o al giro «tener derecho» como una expresión que ha de ser analizada en componentes últimos de tipo normativo. Este pecado, dice Laporta, habría sido cometido intensamente nada menos

[3] CDH, 1; D 23.

[4] CDH, 4; D 25.

que por Hans Kelsen. Como no es inmediatamente claro cómo ha de efectuarse esa reducción, la tentación de incurrir en «la llamada tesis de la correlatividad entre derechos y deberes en su sentido más fuerte» es irresistible: «En ese sentido fuerte la tesis viene a decirnos que la expresión 'tener un derecho' significa que otra u otras personas tienen un deber, es decir, que la noción de 'derecho' es reducible a una noción lógicamente más primitiva como es la de 'deber'».[5]

Pero la tesis de la correlatividad, que en Kelsen aparece como una versión del derecho subjetivo en cuanto reflejo de un deber jurídico, sería demasiado fuerte y severamente objetable; en todo caso, Laporta le atribuye «debilidades heurísticas en el plano de la explicación genética y de la justificación de enunciados normativos».[6] Pasando por alto lo de la explicación genética, sea ella lo que fuere, lo cierto es que la existencia de deberes no parece siempre justificativo convincente de la atribución de un derecho, lo cual parece claro toda vez que los tiranos se atribuyen derechos que difícilmente se justifiquen en deberes que sus víctimas no tienen. Esto es: la tesis del derecho subjetivo como reflejo de un deber insinúa que se da prioridad a la idea de deber, cosa que, fuera de su valor epistemológico conocido, por ejemplo, en la ética de Kant, tiene un sabor ideológico desagradable. Además, apunta correctamente Laporta, cuando hablamos de los derechos que tenemos, de alguna manera pensamos que es la previa existencia de esos derechos lo que produce deberes en los demás y no al revés.

Claro que no hay razón para creer que sólo son normas los enunciados reducibles a enunciados de deberes. Laporta trae a colación el ensayo de Hohfeld, de tan gran influencia en el pensamiento norteamericano, que justamente ha recibido una muy frecuente aplicación en las teorías jurídicas relativas a los derechos humanos. Es notorio que las categorías con que el sistema hohfeldiano permite explicar distintos tipos de derechos, es más rica que la noción única de derecho reflejo, como Kelsen lo advirtió claramente al proponer distinciones más finas que las tradicionales para analizar el concepto de derecho subjetivo. Esto es verdad; pero Laporta agrega un comentario que, fuera del problema concreto aludido, permite pensar que está en juego una tesis de mayor alcance. Señala nuestro autor que sólo una de las categorías hohfeldianas, la de *freedom* «sería parafraseable

[5] CDH, 5; D 25.

[6] CDH, 5; D 25.

en término deónticos estrictos», a saber, como permisión fuerte o facultad. Tener *freedom* para algo equivale a postular la existencia de normas que permiten la acción en cuestión y también su omisión. Las restantes categorías -*claims, powers*, e *inmunities*-, dice Laporta, no son definibles en términos de esta naturaleza, por lo que entiende los operadores deónticos usuales: obligatorio, prohibido, permitido.[7] Cree Laporta que Hart y Feinberg lo acompañan en esta tesis según la cual ciertas categorías usuales en la ciencia del derecho no podrían ser definidas en «términos deónticos estrictos».

Pero, de la afirmación de que alguna categoría holifeldiana no sea reducible a enunciados formulados con los operadores deónticos usuales, tesis harto discutible por cierto, no se sigue la tesis más fuerte de que hay conceptos normativos no definibles en aquellos términos deónticos estrictos. Pienso que aquí se introduce una confusión. Pude muy bien ser que ciertas nociones introducidas por la teoría, como las heterogéneas normas secundarias de Hart o el vago concepto que maneja Feinberg, no hayan sido analizados rigurosamente en términos de enunciados con modalidades deónticas clásicas. No veo que tal cosa haya sido demostrada estrictamente, ni que sea, en rigor, demostrable. Más bien esos autores señalan correctamente que los conceptos elaborados por la doctrina, limitándose a las nociones modales tradicionales, no son lo suficientemente finos o no se ajustan al significado con que corrientemente los emplea la jurisprudencia. Para que un concepto teórico, como las categorías hohfeldianas, pueda ser traducido a otro marco conceptual, como es el expresado por el conjunto de categorías que emplea la dogmática continental, se requiere que los lenguajes en que ambos sistemas categoriales son utilizados cuenten con repertorios conceptuales y reglas operativas que permitan lograr teorías sustantivas equivalentes. Ello no puede ser establecido *a priori* pero tampoco puede ser decretado como *a priori* imposible, como se hace cuando se estatuye que una noción no es definible en otro marco teórico. Supongo que ni Hart ni Feinberg suscribirían tesis tan extrema. Lo cierto es que es factible encontrar una traducción formal del sistema hohfeldiano que recurre al lenguaje de la lógica deóntica clásica.[8]

---

[7] CDH, 8-9; D 26-27.

[8] Cfr. L. E. Allen & C. S, Saxon, «Analysis of the logical structure of legal rules by a modernized and formalized version of Hohfeld' Fundamental Legal Conceptions», en A. A. Martino & F. Socci Natali, *Automated Analysis of legal texts*, North-Holland, Amsterdam, 1986, págs. 385 y sigs.

4. Pero es cierto que el sistema de conceptos hohfeldianos, como recuerda Laporta, es más interesante y más fino que los gruesos conceptos de la dogmática continental, en tanto se trata de explicar conceptualmente el material conocido bajo el título de derechos humanos. Los análisis de Lindahl, de Kanger y de otros también son mucho más finos que los tradicionales, justamente en razón de echar mano, me permito recordar, de lógicas más interesantes y desarrolladas que las sucintas lógicas -generalmente implícitas- a que recurría y recurre aún hoy la ciencia del derecho consagrada.

Laporta, sin embargo, de esta conclusión o errónea o exagerada, extrae una conclusión interesante: no se trataría ya de proponer otra reducción de los derechos humanos a categorías hohfeldianas o a «términos deónticos estrictos», sino, más bien, de pensar en un tipo de normas, o expresiones normativas, diferentes de las clásicas.[9] Para concebir a los derechos humanos habría más bien que pensarlos como anteriores a las normas analizadas en términos hohfeldianos: son ellos algo que «está antes» que todo *claim*, que todo *power*, que toda *inmunity*, que toda *freedom*. Habría que pensar a los derechos humanos como algo anterior a todo *right* o derecho subjetivo: como un título justificante del recurso a las técnicas de protección a que aludimos cuando hablamos, con Hohfeld y la dogmática tradicional, de rights y derechos subjetivos. En rigor, sostiene Laporte, «cuando usamos la noción de 'derecho' no estamos haciendo referencia a ciertas normas primarias o secundarias de un cierto sistema normativo, sino a la razón que se presenta como justificación de la existencia de tales normas.[10] Estas razones justificatorias estarían emparentadas con las razones (o algunos de sus tipos) que no hace mucho inventó J. Raz. Éstas, para aquel autor israelí, son *facts*, hechos, aunque hechos normativamente significativos, en cuanto determinan lo que ha de hacerse (*they determine what ought to be done; ...reasons... are relations between facts,* y más precisamente *relations between facts and persons*).[11] Aunque su descubridor tenga dificultades en encontrarles un *status* lógico u ontológico convincente -como resalta de que, en dos páginas nomás de su texto, las *reasons* pasan de ser hechos, a ser relaciones entre hechos, a ser relaciones entre hechos y personas, a ser construcciones lógicas en cuanto, curiosamente,

---

[9] CDH, 9; D 27.

[10] CDH, 10; D 27-28.

[11] J. Raz, *Practical reason and norms*, Hutchinson, Londres, 1975, págs. 18-19.

se trata de hechos calificados como relaciones, aunque «en un sentido estricto de 'relación', las razones (i.e. hechos) no son relaciones, puesto que las relaciones sólo se dan entre individuos»-.[12] Para Laporta, más sobriamente y al margen de este galimatías, las razones serían algo así como «relaciones justificatorias o instrumentales que pertenecen al mundo del razonamiento práctico y son imposibles de aprehender en los lazos formales del razonamiento lógico-deductivo».[13] Aunque estas relaciones justificatorias no sean exclusivas de los sistemas normativos jurídicos, pues también se darían en «los sistemas normativos de cierta complejidad, sean jurídicos, morales o sociales»,[14] las razones, aunque no reductibles a ninguna categoría hohfeldiana, constituirían una «entidad (*sic*) que no esperábamos que viviera en los sistemas normativos», como se dice, en forma algo metafórica en el texto que se glosa.

Las razones que configurarían, pues, junto con otras cosas -según se verá- los llamados derechos humanos, integran, por lo tanto, los órdenes jurídicos positivos, pudiendo formar parte también de otros sistemas normativos que sean algo complejos. Claro está que las *reasons* que imaginara Raz no son parte de ningún sistema normativo, simple o complejo, pues son hechos, en el sentido muy confuso de que son el argumento del operador (*sic*) «the fact that...»,[15] giro que, claro está, no funciona como operador alguno. En todo caso, esos hechos abarcan, para su inventor, valores, acontecimientos, procesos, actividades, ejecución de actividades (*performances*), terminando por ser construcciones lógicas, lo que, por cierto, hace de ellos, operadores un tanto insólitos. Las razones de Laporta son, en cambio, «normas diferentes de las clásicas»,[16] si nos atenemos a un primer atisbo que se nos ofrece, y, en cuanto tales, integrantes de sistemas normativos complejos como los jurídicos. Éstos, como es notorio, contienen muchas más cosas que puras «normas clásicas» -sea ello lo que fuere-, como ser definiciones, descripciones de estados de hecho, juicios de valor y todo lo que deseemos encontrar allí. Contendrían, pues, razones justificatorias.

Pero, ¿en qué difieren estas razones, integrantes del sistema jurídico de normas *sui generis*, de las normas clásicas? Tanto ellas como las normas clásicas «pertenecen al mundo del razonamiento

---

[12] J. Raz, *op. cit*., pág. 19 nota.

[13] CDH, 13. D 29.

[14] CDH, 14; D 29-30.

[15] J. Raz, *op. cit*. págs. 19-20.

[16] CDH, 9; D 27.

práctico», si con ello no quiere decirse más que algún papel desempeñan, por ejemplo, en la actividad decisoria de los jueces. La distinción radicaría, al parecer, en que las normas clásicas, formadas con los operadores deónticos típicos, podrían ser parte de un razonamiento lógico-deductivo, mientras que las normas-razones serían incapaces de ello. Laporta afirma inclusive, y con mayor fuerza, que tal cosa es imposible: las normas-razones no pueden «ser aprehendidas en los lazos formales del razonamiento lógico-deductivo».[17] Claro que, como nuestro autor admite, pensar a los llamados sistemas normativos como sistemas deductivos es una idea «acríticamente asumida», lo que es cierto. Pero también es cierto que, hoy por hoy, aun los lógicos más renombrados y *à la page*, e inclusive varios iusfilósofos, dudan que las normas clásicas admitan tan enojosa situación: ser susceptibles de integrar un razonamiento lógico deductivo, por la sencilla razón de que se duda de que las normas clásicas posean la propiedad de ser verdaderas o falsas, que es un requisito muy clásico para que un enunciado pueda integrar un razonamiento lógico deductivo. El punto es actualmente sumamente debatido;[18] sea cuales fueren las soluciones convenientes, no pareciera, pues, que quepa distinguir las razones-normas de Laporta, de las normas clásicas por su diferente comportamiento frente a procedimientos deductivos, pues ambas funcionan *prima facie* en forma idéntica.

Cabe preguntar, de todos modos, cómo se probaría que esas normas-razones, relaciones justificatorias o relaciones instrumentales, no pueden posiblemente ser parte en razonamientos lógicos deductivos. ¿Acaso existe alguna prohibición sintáctica para que no puedan ser tenidas por premisas en una deducción? ¿Se conoce tal restricción gramatical? O, acaso, ¿el razonamiento lógico en que Laporta piensa es ineficaz en cuanto su aparato inferencial excluye operaciones deductivas sobre tipos particulares de premisas? Como estas cuestiones no son aclaradas ni planteadas, la tesis de que las razones laportistas son alógicas, como las normas de Kelsen y von Wright, tiene que ser considerada una mera afirmación dogmática.

En los sistemas jurídicos, y también en los morales, existirían, pues, entidades *sui generis* no aprehendibles racionalmente. Es curioso que justamente se las denomine «razones». Se trata, claro está, de esos objetos característicos de toda ideología irracional:

---

[17] CDH, 13; D 29.

[18] Cfr. R. J. Vernengo, «Derecho y lógica: un balance provisorio, *Anuario de Filosofía del Derecho*, Madrid, 1987.

valores. O, para recurrir, a una terminología más tradicional aún, de bienes. Las razones que justifican los derechos humanos que quepa invocar en ciertas situaciones, son «...bienes que precisamente por su especial valor a los ojos del sistema normativo en cuestión constituyen razones y suministran una justificación para articular normativamente una protección específica para ellos.»[19]

5. Estas razones que son bienes no admiten ser confundidas con intereses ni con ficticias voluntades, como las imaginadas en las antiguas teorías de los derechos subjetivos; ni son equiparables con las construcciones de la jurisprudencia analítica inglesa. De todos modos, el interés de la teoría alemana de los derechos subjetivos o el beneficiario de los ingleses, pondrían de manifiesto, justamente, el aspecto valorativo de la noción de derecho. Se trata de un bien (valor) que «no tiene por qué ser empíricamente constatable en todos los casos en que se atribuyen derechos: basta con que el sistema normativo en cuestión considere que lo es o lo suponga aunque no lo experimente así el titular en la realidad».[20] «Los derechos -continúa Laporta- son... la expresión de una especial consideración que los sistemas normativos atribuyen a ciertas situaciones o estados de cosas relativos a los individuos de una cierta clase».[21]

En cuanto tales -es decir, en cuanto valores integrantes de los sistemas normativos jurídicos-, los derechos no son una mera forma de hablar eludible, como ingeniosamente apuntó Alf Ross, sino que tienen sustancia ontológica y función semántica. El derecho (i.e.: los *rights* o derechos subjetivos que aparecen en los derechos humanos) no sólo «presenta» a la entidad subyacente que vive en los sistemas normativos, sino «que también explica y, sobre todo, da sentido, justifica».[22] Son, pues, bienes que dan sentido y justificación a la realidad social. Pero estos entes, notoriamente metafísicos, tienen por sobre todo, las características que son propias del ser del ente en el pensamiento moderno: tienen fuerza de exigir», tienen una «fuerza que se trasunta» en cuanto valor que el sistema otorga a la realidad (estados de cosas, etc.). Se trata, me parece, aun con la terminología utilizada, de la interpretación corriente en el pensamiento moderno, desde Leibniz, por lo menos, del sentido de las cosas (el ser del ente, en el lenguaje de la metafísica) como manifestaciones de la voluntad:

---

[19] CDH, 14; D 29-30.

[20] CDH, 13-14; D 29-30.

[21] CDH, 14; D 29-30.

[22] CDH. 15: D 30.

la vis de Leibniz, la *Wille* de Nietzsche, para señalar a dos preclaros pensadores que destacaron esta interpretación. De ahí, que la razón, que para Laporta es norma *sui generis*, dé sentido y justifique, atributos clásicos del ser metafísico en relación con los entes en que se exhibe o trasunta. Y porque se trata de aludir a un fundamento metafísico, el derecho-razón no puede reducirse a pura apariencia verbal, como en el nominalismo escandinavo y, menos nítidamente, en el neokantismo kelseniano, sino que, a nivel de la realidad, tendría también una función explicativa, en cuanto es seguramente causa de la existencia de un derecho humano y de su aparición fenoménica, como facultad adscripta a un individuo. Creo que, en el marco de estas ideas o presuposiciones metafísicas, cabe entender la definición de derecho (en singular), en cuanto razón, valor o bien, que propone Laporta: «Es una exigencia jurídica, moral o social (esto es, comento: una exigencia normativa) residenciada en individuos».[23] Es, pues, la manifestación fenoménica de una entidad que vive oculta en los sistemas normativos, pero que está «antes» que todas las formas aparentes en que aquél efectivamente se manifiesta en la realidad.

Tengo para mí que este recurso a ideas metafísicas es un rasgo característico del conocimiento jurídico moderno, en cuanto aspira a alcanzar nivel de ciencia. He intentado mostrar en otra parte como el jurista, para explicar o comprender sus datos, se mantiene en un permanente e inestable equilibrio entre las explicaciones formales -esto es, la reducción de la explicación jurídica a sólo propiedades lógicas-, y las explicaciones trascendentes, donde la invocación de valores es altamente característica. Las propuestas contemporáneas de pensar los derechos humanos como derechos morales conllevan incurrir en los típicos dualismos de las metafísicas platonizantes. Ello, quizás no sea evitable, pues frente a la incapacidad de un conocimiento científico, que pretende hacer de lado todo dualismo, para quedarse con el objeto en su unicidad, recaemos en posiciones no científicas o metafísicas, donde los dualismos explícitos o implícitos permiten elaborar aparentes explicaciones. Con este telón de fondo metafísico, veamos cómo Laporta reconstruye la noción de derecho (i.e. derecho subjetivo o *right*) que le parece adecuada para pensar a los derechos humanos.

6. Un derecho consistiría en la atribución a seres humanos individuales (esto es, a los miembros de la clase de los seres humanos)

[23] CDH, 16; D 30-31.

de un *status* valioso tal que constituya una razón fuerte para que el sistema social les otorgue, a través de los mecanismos del derecho objetivo, una suficiente protección normativa. Se trata de una noción que Laporta elabora a partir de una propuesta de redefinición analítica conceptual de la noción de derecho (subjetivo) apta para ser aplicada a lo que llama «derechos morales universales».[24]

Esta compleja noción merece varios comentarios. Por de pronto, me parece que la «adscripción» de un *status* valioso, de una posición social considerada un bien, que el sistema normativo confiere a un individuo cuando se le atribuye un derecho, es la típica atribución normativa o *Zurechnung* que Kelsen destacó múltiples veces. En efecto, que se tenga un derecho (subjetivo) supone que derecho (objetivo) que, por de pronto, cuente con normas «clásicas» que confieran a un sujeto facultad, autorización o permisión fuerte; o, si se quiere, que el derecho objetivo (el sistema normativo) contenga reglas que constituyan para el titular del derecho subjetivo, un *right*, una *freedom*, un *power* o una *inmunity*.

Esa adscripción, nos dice el autor, es cumplida por el sistema normativo, con lo cual no se entiende muy bien en qué sentido pueda hablarse de que los derechos (subjetivos) sean anteriores al sistema normativo, al derecho objetivo. Pero, además, tal adscripción a un individuo de un bien por parte del sistema normativo es «una razón fuerte» para que el sistema normativo en cuestión dé una «protección normativa», que, obviamente, supone la existencia de normas jurídicas que regulen el aparato coercitivo social. Me interesa destacar que, muy rigurosamente hablando, la noción de derecho (subjetivo) que Laporta propone es, por el lado que se la mire, una noción puramente normativa que, por cierto, no requiere para nada echar mano de normas diferentes de las «clásicas». Yo diría que, como Kelsen, Laporta piensa los derechos subjetivos como conjuntos normativos específicos y nada más, a los que atribuye rasgos propios de algunas de las funciones que las normas desempeñan en los sistemas sociales: expresar valores, explicar situaciones, justificar desigualdades y privilegios, etc.

La propuesta de redefinición, sin embargo, exhibe cierta circularidad, en cuanto, pese a la terminología aparentemente novedosa, sólo se recurre, en el análisis a la referencia a normas «clásicas». En efecto, si superamos el escollo de un vocabulario

[24] CDH, 22; D 33-34.

carente de tradición en la literatura jurídica y que es, claramente, importado de otras disciplinas; si penetramos hasta las nociones tradicionales que quedan encubiertas por el recurso verbal a términos como «adscripción», «posición», «bien moral», «razón fuerte», entre otros, lo que nos queda es la idea de que alguien tiene un derecho solamente cuando normas del derecho positivo atribuyen derechos subjetivos, en sentido técnico kelseniano, al sujeto titular, en mérito a características fácticas o normativamente atribuidas que obligarían al sujeto emisor de las normas del sistema (al estado, en nuestros días) a instituir ese conjunto de normas. Todo lo cual no es sino una forma retórica de decir que se tiene un derecho (subjetivo) cuando el Estado está obligado, por su propio derecho objetivo, o por razones antecedentes, a promulgar necesariamente ciertas normas, las que configuran el derecho subjetivo del súbdito. O, si se quiere -dado que carece de fuerza de convicción, teórica y prácticamente, suponer que hay normas jurídicas necesarias (esto es: no producidas por actos humanos, por ser imposible su falta de validez)-, esa errónea pretensión política se reduce a la supuesta existencia de una obligación no estrictamente jurídica (moral, pues) del Estado, en cuanto productor del derecho objetivo, a estatuir el conjunto de normas que configuran un derecho subjetivo. Pero, por lo menos, cabe dudar que tal cosa -esa obligación moral del Estado- exista o, siquiera, tenga sentido referirse a ella. No me parece que la estructura de este conjunto de normas positivas quede suficientemente explicado remitiendo a la distinción propuesta por Raz entre derechos (subjetivos) derivados y derechos (subjetivos) nucleares (como gusta de llamarlos Laporta), pues se trata, notoriamente de una distinción que oculta una valoración ideológica, pues los segundos tienen mayor valor e importancia que los primeros, y, por añadidura no podría ser utilizada por el autor que discutimos, que ha decidido que los derechos-razones no son susceptibles de constituirse en argumentos de una deducción; *a fortiori*, estos derechos-razones no podrían «ser susceptibles de ser obtenidos deductivamente» de los pretendidos derechos-nucleares».[25]

7. Otra manera de dar expresión a la misma pretensión política -que haya ciertas normas que expresen un interés subjetivo valioso, sea cual fuere la intención del legislador positivo- es postular la existencia de otro u otros sistemas normativos no jurídicos, que estatuyan derechos subjetivos, en un sentido traslaticio

[25] CDH, 17; D 31.

del giro, en forma tal que todo derecho positivo tendría que receptar esas normas no jurídicas. La manera corriente de decirlo es afirmar que el derecho jurídico, valga la redundancia, tiene que reconocer los derechos (subjetivos) morales, o, con mayor exageración: que todo derecho (jurídico) positivo tiene que incorporar a su sistema normativo las normas de la moral (de la que generalmente se habla, equívocamente, en singular). Otra forma más atenuada de la misma pretensión es suponer que todo derecho positivo, para ser jurídicamente derecho, debe ajustarse a las normas del sistema moral de que se trate, por encontrarse en una relación lógica de subalternación con éste. Se trata, en todos los casos, de versiones de la ideología religioso-política que se suele denominar «iusnaturalismo». No entraré en su análisis o discusión.

Pero estas propuestas padecen de la insanable equivocidad resultante de hablar de derechos (subjetivos) en otros terrenos, sea el de la moral o en otros sistemas normativos como el de un supuesto derecho natural no positivo, donde no responde a datos institucionales reales. En derecho positivo, hablar de un derecho subjetivo no es hablar de algo previamente existente que, luego, el derecho objetivo provee de protección normativa, sino que el derecho subjetivo se constituye como tal al darse esa protección normativa, lo cual no es sino una forma de referirse a la existencia de ciertas normas positivas bien contingentes. Laporta, que ha supuesto que los derechos humanos, como razones justificatorias o razones fuertes para que se instituya una protección normativa posterior, tiene que justificar que derechos (subjetivos) o *rights* puedan darse, no sólo como institución jurídica, sino en cualquier lenguaje normativo. Se trata, dice, que «la categoría normativa «derecho a...» (no) sea una (categoría) exclusiva de los lenguajes jurídicos, al igual que no lo es ninguna otra categoría normativa como «deber», «obligación», «prohibición», «facultad», «permiso», etc.[26] Pero se incurre en esto en una confusión: es muy cierto que todo lenguaje normativo cuenta con las categorías enumeradas, que son simples caracteres modales. Pero la noción de *right* o derecho subjetivo no es una categoría formal, sino es una construcción conceptual, elaborada a partir del supuesto de la existencia de ciertos conjuntos de normas, mediante la cual pensamos instituciones contingentes que pueden darse en los derechos positivos. De ahí que no se entienda muy bien qué quiera decirse cuando se habla, traduciendo malamente

[26] CDH, 18; 31-32.

del inglés, de derechos morales, que no serían instituciones contingentes de sistemas éticos, sino datos necesarios de cualquier código moral. De ahí, también, que tanto interese, en la literatura filosófica referente a los derechos humanos, destacar la necesidad de que esos pretendidos derechos morales, o pretensiones éticas, o como se las quiera llamar, requieren para realizarse efectivamente, ser institucionalizados mediante la promulgación de normas positivas.[27]

Importa tanto que los derechos humanos sean eminentemente derechos (subjetivos) jurídicos, y no meros derechos o pretensiones morales, justamente porque en el campo del derecho positivo esas pretensiones pueden erigirse en instituciones normativamente protegidas. Suponer que la moral (esto es: algún código moral que goce de las preferencias del expositor) cuenta también con derechos subjetivos, en cuanto pueda expresar en su lenguaje normativo y recurriendo a las modalidades deónticas corrientes, algo así como normas que expresan cosas parecidas a los derechos subjetivos jurídicos, de ninguna manera permite suponer que la moral cuenta también con sistemas institucionalizados de protección de los mencionados derechos, pues que existan o no tales técnicas de protección es cosa que habría que verificar empíricamente, y no asunto que pueda resolverse permaneciendo en el terreno de un análisis meramente conceptual. Y aquí la pregunta sencilla consiste en saber si acaso contamos con tales sistemas morales. Es notorio que tal no es el caso; por el contrario, las morales prescriptivas que hoy se invocan no cuentan con instituciones sociales que garanticen su eficacia. Más bien, como sucede con los mandamientos de la moral judeocristiana, tan frecuentemente invocados en forma retórica, se trata de normas jurídicas que han perdido soporte institucional, al perder poder político la iglesia romana, quedando relegadas al campo de la conciencia moral individual como pautas culturales intensamente inculcadas durante siglos. Más aún, hoy se dudaría del carácter propiamente moral de aquel sistema normativo cuya eficacia relativa estuviera garantizado por instituciones sociales.

8. En el ensayo que discuto, Laporta trata, como explicación justificatoria de la supuesta necesidad empírica y conceptual, de los derechos morales postulados, de analizar una serie de supuestas características formales -como la universalidad, el carácter de absoluto y la inalienabilidad- que corresponderían

[27] CDH, 12; D 28.

analíticamente a la idea genérica de «tener un derecho». Sucede, empero, que las nociones deónticas operativas, esto es: los caracteres deónticos vistos como operadores lógicos modales, carecen de tales características, al punto que predicarlas de ellos significa incurrir en un sinsentido. La universalidad, por ejemplo, que el mismo Laporta reconoce no ser «un simple predicado lógico-formal»,[28] no se predica de un operador deóntico, cuya cuantificación universal no tiene sentido alguno en una lógica de primer orden. Los operadores deónticos no son susceptibles, en este nivel lógico, de ser manejados como variables que cabría ligar universalmente; los operadores deónticos clásicos, que Laporta trae a colación, son más bien constantes lógicas. La universalidad que, en el ensayo analizado se examina, se refiere a otras variables, como la que Kelsen denomina «ámbito personal» (v. gr.: «el rasgo de universalidad significa que los derechos humanos se adscriben a todos los seres humanos»);[29] o a las que determinan los ámbitos témporo-espaciales o circunstanciales de una norma (v. gr.: «la universalidad que es rasgo propio de los derechos humanos exige precisamente que se haga caso omiso de esas circunstancias», o sea, que se los considere válidos para toda circunstancia).[30] Se trata, pues, de la cuantificación usual de variables determinantes de los ámbitos personales y circunstanciales de normas jurídicas, y, claramente no de la supuesta cuantificación de los caracteres deónticos que, como constantes lógicas, no la admiten.

Si por la universalidad de los derechos humanos se entiende simplemente que, por lo menos, son facultades jurídicas asignadas a todo individuo, a todo X, como gusta de decir Laporta, claro que parece insólito afirmar que los derechos humanos sean universales y que sean productos «del orden jurídico positivo, porque la condición de sujeto de un sistema jurídico excluye la noción de universalidad...».[31] Pero ello no parece exacto, aun sin necesidad de suponer inútil y falsamente «la existencia de un sistema jurídico positivo cuyas normas sean universales en ese sentido». Parece claro que si bien no hay un sistema jurídico universal -salvo, quizás, algún tramo del derecho internacional consuetudinario-, para hablar de una norma universal en cuanto a su ámbito personal basta admitir que todo ser

[28] CDH, 19; D 32.

[29] CDH, 19; D 28.

[30] CDH, 19; D 28.

[31] CDH, 20; D 33.

humano individual es sujeto de derecho en algún sistema de derecho positivo, sistemas éstos coordinados por normas internacionales. O, quizás, baste mantener la noción más sobria de que cuando hablamos de «todo X» nos referimos a todo sujeto jurídico en el marco del sistema jurídico que estemos tomando en consideración, marco que generalmente será el de un derecho nacional.

Pero esa aparente dificultad en pensar a un sujeto X que sea titular de derechos en todos los sistemas jurídicos positivos, lleva a Laporta a postular que «parece por ello menos controvertible que ubiquemos a los derechos humanos en el ámbito de la ética, como derechos morales y no como derechos legales».[32] Este argumento, por exclusión, es curioso. Pues, así como no hay, casi por definición, un derecho positivo nacional universal, tampoco hay, que se sepa, una moralidad positiva universal y, menos ciertamente, una única moralidad crítica. Al fin y al cabo, aún manteniéndonos en los límites de la moral prescriptiva que nos plazca, es arduo pensar en una facultad moral válida para todo ser humano, sin distinción de edad y sexo, para aludir sólo a algunas de las características adscriptas que son criterios casi universales para la atribución de derechos y obligaciones.

9. Poniendo de lado, pues, este argumento cabe volver sobre este reiterado intento de reubicar los derechos humanos en el campo de la ética o de la moral. Es notorio que, si nos limitamos aquí a pensar la moral como moralidad prescriptiva positiva, buena parte de los derechos que actualmente consideramos indiscutiblemente derechos humanos jamás han formado parte de muchas moralidades positivas. El rasgo de universalidad traído a cuento supone, según entiendo, incurrir en una suerte de conocida falacia, por la cual se trasladan características lógicas propias del lenguaje a los contenidos referenciales de los enunciados. Por ejemplo, se pretende que el realizar una promesa crea a favor del beneficiario un derecho moral, derecho moral en que el promisor tiene el deber jurídico y moral de cumplir lo prometido. Con ello se quiere insinuar, primeramente, que sería analíticamente falso pensar en promesas que nada otorguen al beneficiario; y, en segundo término, hacer creer que toda promesa, sea cual fuere el sistema social y jurídico en que se produce, no sólo crea una obligación sino también confiere un derecho. Sin embargo, no parece, analíticamente, un sinsentido hablar de promesas que no comprometen al prominente. Pero la cosa no es tan clara con

[32] CDH, 20; D 33.

respecto al supuesto derecho del beneficiarlo, que más bien parece un desiderátum político y no una afirmación analítica necesaria.

En otros casos, la referencia a derechos morales parece una forma ambigua de referirse a los concretos derechos jurídicos que quizás no se quiera admitir como insuficientemente universales, por ser culturalmente relativos. Por ejemplo, no se entiende por qué los derechos del padre tengan que ser pensados de ese modo: «El caso del padre respecto de los hijos es típico al respecto. Por el hecho de ocupar la posición o jugar el rol de padre o de hijo se le adscribían ciertos derechos morales».[33] ¿Por qué no, simplemente, un conjunto de derechos y deberes rigurosamente jurídicos? Al fin y al cabo, el rol de padre, como el de hijo, sólo pueden definirse tomando en cuenta un conjunto de normas sociales -jurídicas y otras- que definen qué es ser padre o hijo y que regulan los comportamientos esperados de los ocupantes de los roles. O, acaso, ¿se sugiere que ser padre es un rol social previo a su definición jurídica en algún sistema normativo?, una tesis carente de sentido. Es evidente que no hay rol o posición social alguna -sea de padre o de hijo o de lo que se quiera- anterior a las pautas sociales que los determinan y definen. De ahí, como se propuso páginas arriba, la idea de Laporta de *descontextualizar* la idea de derecho morales, esto es: desvincularlos de las instituciones concretas de una moralidad positiva, o de las instituciones propuestas por una moralidad crítica, valga tanto como proponer que haya deberes y derechos al margen de la realidad social efectiva. O, lo que es lo mismo, se trata de convertir las nociones de derechos (subjetivos) y de deberes, ya no en conceptos analíticos para el estudio del derecho positivo, como parte constitutiva de sistemas sociales reales, sino en puras nociones ideológicas. De ahí que cuando Laporta arriba finalmente a su propuesta de definir los derechos humanos conforme a esta noción compleja en que aparecen razones, valores, derechos morales y otras cosas, todo lo que se nos dice es que corresponde atribuir a todos los miembros de la humanidad una posición que configure «moralmente un bien tal que constituya una razón fuerte para articular una protección normativa en su favor»,[34] donde, so capa del adverbio, lo que realmente quiere decirse, me parece, es que frente a situaciones o posiciones atribuibles a todo ser humano, todo sistema jurídico positivo debe

[33] CDH, 21; D 33.

[34] CDH, 23; D 34.

establecer la protección normativa correspondiente. Como es difícil pensar en obligaciones jurídicas cuyo sujeto sean todos los órdenes jurídicos positivos, entidades teóricamente construidas que, obviamente carecen de obligaciones y derechos en sentido técnico, se pasa a hablar de razones morales que tampoco comprometen a los derechos positivos. De ahí también que sea menester acordar a estas razones, normas no clásicas (que aquí quiere decir, simplemente, normas no positivas), funciones explicativas y justificatorias.

10. Laporta apunta correctamente no sólo a la «gran abstracción» que, en cualquier repertorio de derechos humanos que se quiera redactar, provoca aquella descontextualización, sino al riesgo de incurrir en «respuestas inoperantes o metafísicas», como cuando se sostiene que los valores intrínsecos de la persona humana, su dignidad, son razón suficiente para atribuirle derechos.[35] Pero, con todo, aquella abstracción descontextualizante obliga a pensar a los derechos humanos como universales, como «derechos morales sin escenario» y a postular, reflejamente, la existencia de obligaciones generales, sea de omisión, sea positivas. Se advierte así como las nociones descriptivas que la teoría del derecho ha introducido para pensar los derechos subjetivos, reaparecen de rondón en este tipo de reconstrucción especulativa, más allá de los límites de una construcción puramente jurídica. Se ha sugerido que «la lógica interna de los derechos humanos demanda la existencia de obligaciones generales positivas»,[36] que además serían universales. Pero es claro que no hay lógica interna -esto es: razones analíticas- que autorice tal conclusión, salvo que subrepticiamente se siga utilizando, aunque no se lo admita expresamente, definiciones clásicas de la teoría jurídica. No se advierte, sin embargo, cuál pueda ser el fundamento de esa recepción, en el pensamiento moral, de criterios clasificatorios y descriptivos propios de la teoría jurídica, cuando justamente se propone a la moral (o a la teoría ética) como fundamento de las normas jurídicas.

Pero como Laporta rechaza, con razón, que los derechos humanos puedan ser el resultado de una correlatividad axiológica con esas supuestas obligaciones generales -lo que no sólo supondría circularidad en la fundamentación, y una clara recaída en un iusnaturalismo teóricamente descartable-, postula, al revés, que «las obligaciones son fuertes precisamente porque los

[35] CDH, 24-25; D falta.

[36] CDH, 27; D 36.

derechos humanos llevan en sí esa fuerza constitutiva», que no deriva de la obligación real o postulada concomitante, sino que proviene directamente «del bien, de la valoración cualificada de la situación o estado de cosas que trata de protegerse con esa técnica», la técnica de atribuir protección normativa suficiente.[37] Tal cosa suena a metafísica tradicional de los valores, con el agregado de que, en lugar de sostener, por ejemplo, como los viejos defensores iusnaturalistas de los derechos de propiedad, que los derechos subjetivos se fundaban en el valor intrínseco de la situación ahora se ofrece una versión instrumentalmente atenuada: es porque la situación constituye un valor o bien, que habría que admitir una razón suficiente para que el derecho positivo instituya la protección normativa necesaria. Lo que constituye, también, como Laporta indica, una forma indirecta de dar una justificación moral al uso de la fuerza que hace el Estado. Estamos nuevamente frente a la antigua tesis iusnaturalista de que cuando la fuerza es utilizada para proteger esos derechos naturales preexistentes, como los de los propietarios amenazados de expropiación de sus bienes, cabe la resistencia legítima, tesis que, en definitiva, sólo quiere decir que los intereses de los propietarios no deben ser afectados por medidas estatales. Y, para llevar las cosas más lejos, como la sociedad política es vista así como una sociedad de propietarios, los actos estatales sólo serían válidos en la medida en que recurren sólo a la violencia que los pactantes originarios han querido delegarle; esto es, la que conviene a los propietarios. Pero esta burda justificación contractual del estado no pasa de ser más que un argumento ideológico. Laporta sugiere que quizás ha sido esta ideología la que ha conducido a una idea legalista de los derechos humanos: «Sólo puede hablarse de derechos humanos cuando estamos en presencia de un dispositivo estatal-legal de protección institucionalizada de tales derechos».[38] Mejor sería pensar, dice nuestro autor, que sólo «cuando estamos en presencia de derechos humanos o naturales es cuando el funcionamiento de un aparato institucional de violencia como es el sistema jurídico recupera su justificación cabal».[39]

11. Estamos, a la postre, en la cuestión de si cabe una justificación última del derecho. Los derechos humanos o naturales serían una de las justificaciones aceptables para dar razón del uso institucionalizado de la fuerza, rasgo característico del derecho

[37] CDH, 30; D 37.

[38] CDH, 32; D 38.

[39] CDH, 32; D 38.

positivo. Repitiendo las frases tradicionales, Laporta señala que las exigencias morales suelen ser vistas como exigencias «últimas» frente a las jurídicas. Ello quiere decir, también muy clásicamente, «que si entran en conflicto unas con otras las demandas morales se superponen a las demás»,[40] como cuando se afirma que el derecho está en relación de subalternación con la moral. Esta tesis, como es sabido, convierte a toda norma jurídica en norma moral y, por ende, tiene la consecuencia quizás no querida de dar fuerza obligatoria moral a los muy contingentes imperativos de muy contingentes legisladores históricos. Por añadidura, la tesis se hace lógicamente muy endeble tan pronto se destaque que también los códigos morales suelen padecer de contradicciones internas: conflictos de demandas, dilemas morales, etc. Claro está, premisas morales contradictorias justifican cualquier cosa. De ahí que Laporta, en un último intento, sostenga que «los derechos humanos son derechos 'absolutos'..., requerimientos morales que, caso de entrar en conflicto con otros requerimientos morales, los desplazan y anulan, quedando ellos como la exigencia moral que hay que satisfacer».[41]

Pero así se ha introducido, en la teoría moral, el esquema jerárquico usual que los juristas utilizan para pensar las complejas estructuras de un orden jurídico, más una función moral derogatoria que difícilmente sea aceptable si se piensa a las reglas morales como expresiones de valores objetivos. Laporta advierte la dificultad de semejantes tesis en cuanto a sus consecuencias lógicas y destaca que podrían conducir a «una situación de justificación generalizada de la violencia», con lo cual los derechos humanos habrían sido «expulsados *ipso facto* del reino de la moral.»[42] La tesis más atenuada y más frecuente actualmente, de que los derechos humanos, lejos de constituir exigencias o derechos absolutos, sólo serían derechos o exigencias *prima facie*, no deja de suscitar problemas similares sobre la cuestión de la derogación de normas morales, asunto que Laporta describe como el desplazamiento de requerimientos morales por requerimientos morales equivalentes conflictivos. Correctamente se indica que «los pormenores de este desplazamiento son de una gran complejidad»,[43] lo que debe ser cierto. Pero me permito apuntar que la cuestión del desplazamiento o derogación de normas morales por otras reglas morales, es tema aún no encarado con rigor

---

[40] CDH, 33; D 39.

[41] CDH, 34; D 39.

[42] CDH, 35; D 39-40.

[43] CDH, 38; D 41.

lógico por la ética. Es tema de cuya complejidad e importancia sólo recientemente la teoría jurídica ha comenzado a hacerse cargo. De suerte que aludir a una teoría inexistente, pero cuya dificultad se advierte de antemano, no parece una muy buena razón para aceptar, como alternativa válida, la tesis de los derechos humanos como derechos *prima facie*.

Lo cierto es que la renuncia, justificadísima, de Laporta a asentir a las tesis relativas al carácter moral, absoluto o *prima facie*, de los derechos humanos, y, por ende, a la necesidad de su fundamentación moral, como condición necesaria de su existencia (i. e.: su validez como instituciones jurídicas), lo lleva a afirmaciones que suenan a paradójicas. Así, resultaría que la Declaración Universal de los derechos del hombre, y proclamaciones semejantes, «no hablan realmente de derechos humanos», o, si se prefiere, hablan pomposamente de ellos para desvirtuarlos a continuación».[44] En última instancia, tales catálogos de derechos «tropiezan en la realidad con dilemas morales intrincados», lo que equivale a sostener que carecen de justificación moral convincente. Lo que equivale también a tener que aceptar que los derechos humanos no son derechos morales en ningún sentido interesante.

12. En rigor, me parece, el problema latente en este tipo de discusiones es que se supone que cabe una fundamentación «última» de los derechos humanos, al margen de toda teoría cuyos enunciados puedan servir de bases no cuestionadas de la fundamentación. Se trata de una tentativa semejante a la de los científicos que postulan características necesarias o esenciales de los objetos que investigan, anteriores e independientes de los enunciados de alguna teoría que trate de tales objetos. Se trata también, casi siempre, de una confusa identificación entre una supuesta experiencia preteórica de los datos y las experiencias de verificación o falsificación a que recurre la teoría. Aquí la moral, vagamente entendida, nunca definida, es el campo donde pretende encontrarse la razón última -tanto sus criterios de identificación como su pretensión de vigencia- de los derechos humanos, cuya apariencia meramente jurídica no se encuentra como jurídica no parece satisfactoria. Si los derechos humanos han de contar con efectividad real, ser auténticos derechos y no contingentes fenómenos políticos, habrá que arraigarlos en el terreno de la moral, dominio de la necesidad normativa, a salvo de las contingencias políticas.

---

[44] CDH, 38; D 41.

De ahí, me parece, que quepa comprender cómo, a la postre, en esta utópica búsqueda de un fundamento moral último de los derechos morales, se arribe, como siempre, a insolubles cuestiones metafísicas. Por ejemplo, la cuestión podría situarse «en el marco más amplio de la renuncia a la libertad» -problema típicamente metafísico en cuanto la libertad es vista como la característica esencial definitoria de los seres humanos-, y que, como es característico de las tesis metafísicas lleva a dualismos igualmente imaginarios: el estado omnipotente sobre un individuo sin derechos y el estado con el poder limitado por derechos morales anteriores a él.[45]

La sobria y quizás mediocre ciencia del derecho de que disponemos, no conoce de tales situaciones imposibles. Por lo tanto, no concibe, en el marco del aparato conceptual disponible, a los derechos humanos como fenómenos metafísicos. Los esquemas conceptuales de la metafísica carecen de valor descriptivo o explicativo. Nada se agrega al concepto ingenuo que se tenga de los derechos humanos pensarlos como fenómenos morales.

Los mismos presupuestos metafísicos aparecen cuando se declara que, por razones intrínsecas, los derechos humanos serían inalienables, en el sentido de «algo que pueda ser renunciado por la propia voluntad del titular».[46] Serían, pues, retomado el vocabulario de la metafísica moderna, que desde Leibniz, por lo menos, identifica la voluntad con el ser de los entes, una exigencia ontológica de cómo entender tal supremo presupuesto metafísico: la voluntad no podría renunciar a sus derechos naturales intrínsecos sin que el orden social se hiciera imposible.

Laporta, que seguramente desconfía de estas incursiones en la metafísica, propone finalmente una versión atenuada de aquella imposibilidad ontológica. No se trataría de que la voluntad no pueda renunciar a esas pretensiones sin dejar de ser lo que es, sino de que «no podría entenderse» que quien acepta o sufre una violación de alguno de sus derechos humanos inalienables, haya «consentido moralmente a ello».[47] Como se trata de una idea introducida para satisfacer una exigencia metafísica que no se expresa nítidamente, irremediablemente nos vemos llevados, en el texto que comento, a otra tesis paradójica: como no cabe consentir moralmente la renuncia de tales derechos, que esencialmente hacen a la definición metafísica del ser del hombre, habría que pensar «que el propio titular está obligado a respetar sus

[45] CDH, 40; D 42.

[46] CDH, 41; D 42-43.

[47] CDH, 42; D 43.

propios derechos o está inmunizado normativamente frente a sí mismo».[48] Mas, un derecho que es una obligación es, lisa y llanamente, una contradicción. Afirmar que el titular «está inmunizado» normativamente «frente a sí mismo» posiblemente quiera decir que en derecho no existen autosanciones, o, lo que es lo mismo, que el derecho no es un orden normativo de creación y aplicación autónomas. ¿Qué tiene esto que ver con la clasificación de los derechos humanos como derechos morales?

En este complejo ensayo de fundamentación moral de los derechos humanos -una tentativa que considero infructuosa teóricamente y prácticamente riesgosa como política-, se concluye postulando, pues, tesis que son lógicamente incompatibles con la noción misma de derecho (subjetivo), esto es, de acción libre o facultativa. En efecto, Laporta, en las páginas finales de su ensayo, llega a sostener, como vimos, que los derechos humanos, «en tanto y en cuanto son inalienables», se le adjudican al titular inclusive contra su voluntad. Se trataría, inconsistentemente, de facultades de ejercicio obligatorio, una noción imposible si las hay. Los derechos que tenemos serían, en rigor, obligaciones morales y, por ende, obligaciones jurídicas. Ello no es aceptable. Si se piensa, como Laporta concluye, que los derechos humanos son «una forma de expresión de los propios rasgos constitutivos de la moralidad interindividual», o, con mayor precisión, si son «las condiciones de posibilidad del mundo moral»[49] (recurriendo a un giro kantiano), creo que queda bien en claro que, lejos de intentar una fundamentación científica, esto es, una explicación en el marco de una teoría, lo que se postula es una tesis metafísica no susceptible, claro está, de tratamiento teórico. Baste recordar que, para Kant, y ahora, sospecho, también para Laporta, las condiciones de posibilidad del mundo moral, o sea, la esencia de la libertad, es el nombre del fundamento último metafísico. Tal cosa se denominaba «ser» en la tradición clásica. Para Kant y sus epígonos, de Fichte a Schelling, de Hegel y Marx, se trataba de la libertad como modo de la voluntad. Para la metafísica en que aún nos movemos, como se apuntó arriba, esa voluntad aparece como la voluntad de poder. Los derechos humanos, me parece, en cuanto insólitos derechos que nos son obligatorios por nuestra índole moral, y a los que no podemos renunciar sin dejar de ser hombres, tiene que ser vistos como manifestaciones de esa libertad metafísica, como modos de la voluntad de poder.

---

[48] CDH, 42; D 43.

[49] CDH, 44; D 44.

No ha de sorprendernos que se los identifique con el bien moral, otra designación tradicional de la metafísica. Y menos ha de sorprendernos entonces que, en el texto que aquí se ha discutido, los derechos humanos sean la razón de ser misma, la «justificación cabal» de un aparato institucional de violencia,[50] que es la manifestación más notoria de aquella voluntad de poder. Se advierte que los derechos humanos, como fenómenos jurídicos, lejos de haber encontrado su fundamento de existencia en la moral, ponen al descubierto las cartas del juego, revelan la situación real: no es la moral el orden que justifica y funda valorativamente al derecho, sino que, en el mundo contemporáneo, la moral sólo vale como un modo subalterno del derecho, como una forma de manifestación del poder social.

[50] CDH, 32; D 38.

ACOTACIONES DEL TRAMPOLÍN: RESPUESTA A ROBERTO VERNENGO

En el mes de febrero de 1989 apareció en la Facultad de Derecho de la Universidad de Buenos Aires un folleto en el que, al lado de otro trabajo, Roberto Vernengo incluía esta misma crítica a mi artículo sobre el concepto de derechos humanos. En una breve presentación Vernengo afirmaba que no pretendía «ejercer la exégesis del pensamiento de nadie» y que tomaba las opiniones de los demás «como trampolín para el texto». Es importante que el lector tenga esto en cuenta para medir y ponderar lo que en el escrito de Vernengo puede ser efectivamente una crítica de mis ideas y lo que es directamente un pensamiento suyo que se limita a tomar como pretexto algunas reflexiones o segmentos de reflexiones mías. Lo que yo pretendo aquí, en mi modesta condición de trampolín, es hacer algunas precisiones que estimo necesarias para situar los desacuerdos en sus justos términos, ayudando así al lector a distinguir claramente el texto y el pretexto.

1. Vernengo parte de unas consideraciones idiomáticas que para mí son perfectamente incomprensibles. La idea de que si fuéramos ingleses o australianos podríamos hablar de *derechos morales* con toda tranquilidad, pero si somos argentinos o alemanes no podemos hacerlo es, desde luego, sorprendente. Es cierto que «nuestra tradición lingüística y teórica» no ha usado esta expresión, y también es cierto que hay una «larga tradición» anglosajona que la usa en sentido vulgar y también en sentido técnico. Lo que pasa es que ninguna de estas consideraciones puede servir seriamente de base para una argumentación ni a favor ni en contra de la expresión. El *argumentum ad antiquitam* es una conocida falacia que no lleva a ningún sitio. Lo importante es saber si la idea de «derechos morales» resuelve algunas persistentes aporías de «nuestra tradición lingüística y teórica». Y yo creo que lo hace con cierta eficacia. Vernengo permanece, en cambio, abrazado a esta tradición. Pero eso, evidentemente, no es ningún razonamiento. Es simplemente un prejuicio.

2. El equívoco fundamental que introduce Vernengo en su crítica es reinterpretar mi texto como si se tratara de una «propuesta» de «emancipar la idea de derecho moral de sus condicionamientos institucionales o de sus condicionamientos de rol». Para cualquiera que haya leído mi trabajo es evidente que yo no hago tal cosa. Lo que yo afirmo, ya bien entrado mi trabajo, es que *si pretendemos hablar* de derechos humanos como derechos morales *universales*, entonces nos vemos obligados a hacer eso. Digo exactamente: «Lo que me interesa ahora es presentar algunas consecuencias que para la noción de derechos humanos en sentido moral tiene el rasgo de 'universalidad' que se predica de ellos.» Y claro, la consecuencia lógica inmediata es que ya no sirve pensar en tales derechos como producto del juego de *instituciones* o de la adscripción de roles, porque no hay instituciones ni roles de los que participen *todos* los seres humanos. Por eso afirmo que concebir los derechos humanos universales como derechos morales nos obliga a desvincular la idea de derecho moral «de las instituciones éticas concretas que funcionan en una moralidad positiva o que son propuestas por una moralidad crítica». Esto tiene cierta importancia en relación con puntos de vista muy extendidos en la filosofía moral, que hasta ahora había teorizado los derechos morales como derechos surgidos institucionalmente. Y eso es lo que yo pretendía señalar. Deploro tener que reproducir párrafos que se hallan en la misma página del texto que Vernengo usa de trampolín, pero su omisión a guisa de pretexto produce una gratuita alteración de todo el sentido de mi trabajo. Hasta el punto de que todo aquello es reinterpretado por él como si yo dijera «que un derecho moral es ajeno a un código moral prescriptivo que funciona como una moral concreta, y también es ajeno a los principios ideales que postule una moral crítica» y, desde ahí, por supuesto, Vernengo puede extraer una conclusión facilona: Si un derecho moral es ajeno a la moral positiva y a la moral crítica, entonces, es ajeno a la moral y por tanto no es un derecho moral. Pero, claro, todo esto no tiene nada que ver con mi afirmación de que los derechos morales *universales* no pueden ser producto de *instituciones* de una moralidad, sea ésta positiva o crítica, porque, ¿qué hay de los que no participen ni empírica ni idealmente en tales instituciones? ¿No tienen los derechos morales universales?

3. Vernengo coincide conmigo en que la noción de derecho en sentido subjetivo no puede ser entendida al margen de un contexto normativo. Pero aquí acaban las coincidencias. Él parece mantener que la idea de derecho subjetivo equivale prácticamente a la de libertad o facultad. Esto le lleva a sugerir, entre

otras cosas, que «la ausencia de normas con que se equipara la libertad, puede ser pensada... como la instauración de normas que otorgan autorizaciones». Al margen de la innovadora noción de norma ausente presente, o de norma instaurada no instaurada, yo creo que esto no funciona tampoco por ser excesivamente reductivo. En la noción de «derechos» hay muchas más cosas que puras facultades como libertades. Pero es que, además, Vernengo contempla la inserción de los derechos en contextos normativos como simple reflejo de los deberes. Pues bien, esta teoría del «reflejo», que es, efectivamente, la versión kelseniana de la idea de «correlatividad» entre derechos y deberes, plantea a quien la mantiene una enojosa cuestión: Si los deberes jurídicos «reflejan» a veces derechos legales ¿por qué los deberes morales no «reflejan» nunca derechos morales? ¿Qué misteriosa incapacidad sufren los deberes morales para no poder ser correlatos de derechos morales? Vernengo, naturalmente, tiene que decir que esa dolorosa postración la sufren sólo los deberes morales castellanos pero no los ingleses. Se trataría simplemente de una tara hereditaria de carácter idiomático. Kelsen, por el contrario, siendo mucho más consecuente, acepta que pueda hablarse de derechos morales emanados de las normas de una moralidad positiva. Pero el asunto no para ahí, porque la teoría del «reflejo» tiende a dar al deber una prioridad epistemológica muy discutible. Discutible hasta en el propio Kant, que es en este punto muy oscuro. Que, para Kant, la condición de posibilidad del mundo moral (es decir, del mundo de los deberes) sea la *libertad de la voluntad* en el «homo noumenon» no deja de dar que pensar. Sobre todo si simultáneamente afirma que el único «derecho innato» es la *libertad*. Sé que hay otros textos y el asunto es complejo, pero me parece que la preexistencia de los derechos a los deberes no se puede despachar así como así diciendo que es asunto de mejor o peor «sabor ideológico» (aunque es evidente que toda moral autoritaria tiene como cláusula permanente que los destinatarios tienen deberes morales pero no derechos morales).

Identificar los derechos con libertades y explicarlos como reflejos de deberes se conecta con el tema de las categorías de Hohfeld y su posibilidad de ser traducidas a fórmulas lógicas cuyos operadores sean única y exclusivamente «obligatorio», «prohibido» y «permitido». Aquí Vernengo replantea un problema interesante, pero también introduce una confusión. La confusión es que no parece distinguir bien entre la posibilidad de traducir las categorías hohfeldianas a categorías de la «dogmática continental», que es una posibilidad que yo no excluyo (en

rigor, ni siquiera la menciono), y la posibilidad de traducir dichas categorías a enunciados formados únicamente con las modalidades deónticas clásicas, que es lo que yo cuestiono, salvo por lo que respecta a la «libertad» hohfeldiana. Éste es el problema interesante. Y por lo que yo sé no parece tan resuelto como afirma Vernengo. De hecho las lógicas que se han desarrollado en torno al modelo hohfeldiano *no* usan los operadores clásicos. Kanger y Lindahl, por ejemplo, proponen dos operadores mucho más versátiles y ambiciosos («It shall be the case...» y «sees to it...», o en la propuesta de Lindahl, «shall» y «do»). Lo que yo sugiero es que si tratamos de traducir las cuatro categorías de Hohfeld a enunciados deónticos formados con los tres operadores clásicos acabamos por hacerlas pivotar en torno a una de las modalidades, que es la de «libertad». Esto estaría de acuerdo con la noción de «derechos» que estipula Vernengo, pero implicaría malversar todas las posibilidades del análisis de Hohfeld. Intuyo, sin mucha convicción, que una salida posible para mantener las cuatro categorías puede ser introducir modalidades deónticas también en las variables lógicas con lo que estaríamos frente a una especie de lógica de «normas (o proposiciones normativas) de segundo orden». Pero esto es una simple intuición que sería necesario contrastar.

4. Admito que decir que los derechos en general (no sólo los derechos humanos) son un componente del sistema normativo (y no sólo del sistema jurídico) que está «antes» o es «anterior» a las normas de comportamiento o de competencia de ese sistema puede ser una manera imprecisa y poco feliz de expresarse, pero no creo que ello pueda ser *pretexto* para tanto escándalo y conmoción. Desde luego dicha expresión no significa que exista algo extraño e incognoscible suspendido sobre el sistema normativo en una especie de aire metafísico. Quiere decir poco más o menos lo mismo que cuando, hablando por ejemplo de un silogismo, se dice que las premisas están «antes» o son «anteriores» a la conclusión. O cuando se dice que en un diálogo la pregunta es «anterior» a la respuesta. Nunca pretendí yo con esa manera quizás desafortunada de expresarme remover las cenizas del viejo fisicalismo o dar pie a una nueva refriega antimetafísica. Lo que quise transmitir es, en resumen, lo siguiente: Los derechos tienen, a mi juicio, un componente predominante que es un estado de cosas al que se considera un bien, un objetivo que se trata de perseguir, una meta a la que llegar, etc..., todo ello en virtud del sistema normativo en que se inscriben. *En el plano individual*, cuando un estado de cosas es considerado bueno, o se piensa en un objetivo o una meta como algo valioso, entonces

se tienen «razones» para hacer o dejar de hacer ciertas cosas. Que uno tenga «razones» no quiere decir, desde luego, que las «razones» sean algo así como objetos que se puedan poseer o de los que se pueda decir: ¡«Mira, ahí va una razón»! Y menos, naturalmente, la trivial simpleza de que son algo que «inventó» el «autor israelita» Joseph Raz. Lo que sucede, y sucede todos los días, es que entre un objetivo o meta o estado de cosas que se desea y las acciones de los seres humanos se establece una cierta relación de acuerdo con la cual se hace referencia a esos objetivos y metas para justificar estas acciones. A eso se le llama «dar razones» de mis acciones o «tener razones» para actuar de un cierto modo. Pues bien, en el ámbito de *los sistemas normativos complejos* también se da esto. Se establecen como valiosos, buenos o deseables ciertos estados de cosas y se apela expresa o tácitamente a ellos para justificar la imposición de normas de conducta o la atribución de normas de competencia. Esos estados de cosas, objetivos o metas operan como «razones» que justifican dichas normas. Y esa, junto al rasgo de «Individuación del bien», me parece ser a mí la estructura básica de la noción de «derecho» (y, por ende, de la noción de «derecho humano»). Y por eso afirmo que tales normas de conducta o competencia no *definen* el derecho, como se ha pretendido. Lo que define al derecho es el estado de cosas, meta u objetivo valioso que el sistema propone como razón, justificación, sentido, etc..., de ese conjunto de normas de conducta o competencia. Si esto es aceptable, se puede decir sin mayores problemas que el núcleo definitorio de los derechos es «anterior» a las normas y que éstas son «posteriores» a él, pues aquél es el primer estadio de una secuencia argumental y éstas parecen ser estadios ulteriores.

Si todo esto se tiene en cuenta (aunque se discuta profusamente) se comprenderá que afirme que ese razonamiento o secuencia argumental «no puede ser aprehendido en los lazos formales del razonamiento lógico-deductivo». Lo que ello quiere decir es simplemente que no creo que utilizando como únicas premisas enunciados sobre la bondad o deseabilidad de estados de cosas puedan obtenerse *deductivamente* conclusiones en forma de normas de conducta o de competencia. Esto, como es obvio, tiene poco que ver con el viejo tema del valor de verdad de los enunciados normativos y su relación con la posibilidad de una lógica de normas. Es otro problema.

5. Por lo dicho aquí y en mi trabajo supongo que todo el mundo comprenderá que cuando Vernengo encuentra en mi texto «valores» y «bienes» como «entidades» u objetos característicos de una «ideología irracional», «entes notoriamente metafísicos»

que «dan sentido y justificación a la realidad», su hallazgo es meramente imaginario. En este caso, desde luego, la cabriola no tiene nada que ver con el trampolín. Decir que en los sistemas normativos podemos encontrar descripciones, definiciones, valoraciones, principios, enunciados teleológicos, reglas técnicas, etc... que son «entidades» (lingüísticas, se entiende) que no son normas es algo perfectamente comprensible y nada problemático. Quizás haya cometido el severo delito de llamar a todo eso «entidades», pero otros delitos no los he cometido. No he afirmado en parte alguna que «den sentido y justifiquen a la realidad social»; ni he sugerido en ningún lado que sean «objetos» con vida independiente, ni nada que se le parezca. Se puede, creo, hablar de cosas valiosas, de bienes, de estados de cosas buenas sin incurrir en graves pecados metafísicos. Incluso hasta puede haber una lógica de esos enunciados. Rescher o von Wright han escrito muchas páginas sobre valor o bondad sin caer, que yo sepa, en el proceloso mar de las ideologías irracionales. Y también creo que se puede hablar de que tales cosas tienen «fuerza» sin suponer apresuradamente que son algo así como fuentes de energía. Los bienes, las valoraciones, las preferencias, las metas se suelen presentar, tanto en los planes de vida como en los sistemas normativos, en estructuras estratificadas y es de lo más usual decir que aquellos que ocupan estratos superiores tienen «más fuerza» que los que ocupan estratos inferiores. Emparentar estas cosas con oscuridades nietzscheanas o entes leibnizianos es realmente creativo, pero yo no tengo nada que ver con ese alarde de imaginación.

6. Vernengo supone, con algunos otros autores, que hablar de derechos en el terreno de la moral le arroja a uno irremediablemente en brazos del iusnaturalismo. Dejando a un lado lo molesto que ha de ser para los angloparlantes tener que ser iusnaturalistas desde pequeñitos, lo cierto es que esa especie de conexión necesaria entre derechos morales y iusnaturalismo no parece advertirse por ningún lado. Igual que no se advierte tampoco que haya razón alguna para mantener la terca vinculación entre derechos y derecho positivo. Vernengo mantiene que la «noción de *right* o derecho subjetivo no es una categoría formal, sino es una construcción conceptual elaborada a partir del supuesto de la existencia de ciertos conjuntos de normas, mediante la cual pensamos instituciones contingentes que pueden darse en los derechos positivos». Esto es harto discutible, pues supone situar la noción de derecho subjetivo en el lenguaje o metalenguaje de la ciencia o la filosofía del derecho como una herramienta para «pensar» datos del lenguaje jurídico, y ello implica

que cuando este lenguaje jurídico adscribe derechos no está funcionando normativamente, sino «pensativamente», lo que es ciertamente poco convincente. Pero en todo caso no se advierte por qué no podemos elaborar una «construcción conceptual» idéntica a partir del supuesto de la existencia de conjuntos de normas morales con objeto de pensar instituciones contingentes que puedan darse en la moralidad positiva, o en una moralidad crítica que eventualmente se nos pueda ocurrir diseñar. Si Vernengo no permanece varado en una simple obcecación idiomática lo único que se me ocurre que puede alegar para rechazar tal posibilidad es que no puede darse el supuesto de que existan conjuntos de normas morales o que no podemos pensar en instituciones morales. Creo que Vernengo sugiere efectivamente esta última imposibilidad. Supongo que él identifica la idea de «institución» con ciertas agencias jurídicas de protección coactiva, con cargos remunerados, reglamentos internos, etc..., es decir, con instituciones jurídico-políticas. Cuando habla, por ejemplo, de la pérdida de soporte *institucional* de la «Iglesia romana» al perder poder político, creo que presupone esa identificación. Y por eso puede afirmar que no se dan sistemas morales de protección de esos presuntos derechos morales. Pero esto, como es obvio, no se corresponde con la realidad. Hay instituciones económicas, sociales y morales al margen del ordenamiento jurídico positivo. La amistad, por ejemplo, o el mercado paralelo del dólar.

7. La segunda parte de mi trabajo versa sobre las consecuencias implícitas en las características formales que se predican usualmente de la idea de derechos humanos. Digo así: «Voy a tratar de analizar las más típicas características formales que se suelen adscribir a ellos en el lenguaje ético, jurídico y político sobre el telón de fondo de la idea genérica de 'tener un derecho' que antes he ofrecido». Y acto seguido trato de presentar los problemas y las conclusiones más o menos difíciles y contraintuitivas que se tendrían que inferir de aquellos rasgos formales. Pues, bien, es aquí, principalmente, donde Vernengo, situándose de un salto al margen de mi argumentación, dispone profusamente de algunos retazos de mi trabajo convenientemente sacados de su contexto, reelabora otros y procede después a refutarlos ingeniosamente. He aquí algunas muestras de sus ocurrencias. Me atribuye la afirmación de que esos rasgos formales -universalidad, carácter absoluto, inalienabilidad- «corresponderían analíticamente a la idea genérica de 'tener un derecho'». Me atribuye también la pretensión de hacer el análisis de esos rasgos «como explicación justificatoria de la supuesta necesidad empírica y conceptual de los derechos postulados». Además me atribuye la

sugerencia de que dichos rasgos pueden ser predicados de constantes lógicas, como son los operadores deónticos. Me atribuye además la «tesis paradójica» de que hay algún derecho que es una obligación. Me atribuye también que mis consideraciones sobre las implicaciones de su pretendido carácter absoluto se refieren a su fundamentación. Me atribuye, más en general, la pretensión de hacer un ensayo de fundamentación moral de los derechos humanos. Me atribuye después el ser renuente a su fundamentación moral. Y ya en el colmo de la fantasía llega hasta a sugerir que trato de imponer obligaciones a los sistemas jurídicos, que tengo cierta oscura complicidad con los derechos de los propietarios y que me identifico de algún modo con el iusnaturalismo del siglo XVII. Como quiera que, al menos en Buenos Aires, el amable lector estaba desde el principio avisado de que Vernengo no quería «ejercer la exégesis del pensamiento de nadie», estas y otras piruetas no le serán regateadas a su legítimo autor.

8. Aunque se parece algo más a una argumentación crítica, tampoco es pertinente la objeción de Vernengo contra mi afirmación de que, dado que la vinculación entre un derecho humano *universal* y un sistema de derecho *positivo* resulta problemática, «parece menos controvertible que ubiquemos a los derechos humanos en el ámbito de la ética, como derechos morales y no como derechos legales». Y no es tampoco pertinente porque mi texto, olvidado por Vernengo, sigue así: «Esto, naturalmente, plantea a su vez un conjunto de problemas propios relativos a la dicotomía moralidad positiva/moralidad crítica, pero no voy a ocuparme de ellos aquí». Sin tener esto en cuenta pasa Vernengo sin más a contraargumentar: igual que no hay un derecho positivo universal -dice- tampoco hay una moralidad positiva universal, «y menos ciertamente una única moralidad crítica». Aunque, como queda dicho, no me ocupaba de ello, quiero señalar aquí, sin embargo, la razón de esa ubicación: Mientras que no conozco ningún sistema de derecho positivo que pretenda que sus normas sean universalmente aplicables, creo que toda moralidad *positiva* funciona *internamente* como si sus normas fueran de aplicación universal, y toda moralidad crítica lleva consigo, casi por definición, una pretensión equivalente. Esto fue lo que me indujo a afirmar que si los derechos humanos han de ser universales tienen en el ámbito de la ética una ubicación «menos controvertible».

9. A consecuencia de los graves pecados de índole metafísica que he cometido, Vernengo me ve al final precipitarme irremediablemente, no en el infierno de la irracionalidad, que ya

sería malo de por sí, sino en el del mismísimo «ser», que es con toda seguridad sima aún más profunda que aquélla, reservada a lo que parece para aquellos infames que osan hablar de derechos morales. No se sorprenda, sin embargo, el lector ante la desmesura de penalidades tamañas, pues bien merecidas las tiene, según Vernengo, quien cede a tan oscuras maquinaciones. Porque en realidad, aquel que lo hace no trata sólo de hacer una teoría de los derechos, o una descripción de los derechos humanos, o una presentación de sus caracteres, o una fundamentación de los mismos. Todo esto sería sólo el disfraz amable de una negra intención clandestina: ser vehículo nada más y nada menos que de la «voluntad de poder» y de su manifestación más notoria, como es la violencia institucionalizada. Y ya con las «cartas del juego» puestas al descubierto así por Vernengo, no le queda al reo más remedio que reconocer la culpa y gritar a los cuatro vientos que los derechos humanos han de volver, por mor de la tradición, al recinto del que aviesamente fueron sacados y en el que siempre habían vivido felizmente: el derecho positivo. Sobre todo, claro está, en Buenos Aires.

SOBRE LOS DERECHOS MORALES

1. *Abismos lingüísticos*

En los últimos años se ha producido en el campo de la filosofía jurídica y moral una cesura cultural curiosa y, en última instancia, deletérea: mientras en la literatura anglosajona ha habido una enorme concentración de atención en los llamados *moral rights* por autores de muy diversas posiciones, tanto normativas -deontológicos, éticos, conservadores y progresistas, utilitaristas, comunitaristas, marxistas- como metaéticas -realistas, convencionalistas, constructivistas, escépticos-, en la literatura en lengua española se ha formado un fuerte movimiento de resistencia a reconocer el concepto de derechos morales.[1] Esta cesura es curiosa en tiempos de una creciente universalización del pensamiento teórico en general y filosófico en especial; y es deletérea, ya que traza límites diferentes del discurso que socava las bases para un fructífero intercambio de ideas dentro de un territorio discursivo común.

En algunos casos la resistencia a admitir *derechos morales* parece puramente lexicográfica: se aduce que en castellano, como en alemán, en italiano y en francés, y a diferencia de lo que ocurre en inglés, se emplea la misma palabra (*derecho, Recht, diritto, droit*) para referirse al orden jurídico y a los títulos, facultades y permisiones, de modo que la expresión derechos,

[1] Algunos ejemplos están dados por los trabajos de Roberto Vernengo, «Derecho y moral», en *Anales de la Cátedra Francisco Suárez*, núm. 28/1988, Granada, y «Dos ensayos sobre problemas de fundamentación de los derechos humanos», en *Cuadernos de Investigación del Instituto de Investigaciones Jurídicas y Sociales*, «Ambrosio L. Gioja», Buenos Aires, 1989; Gregorio Peces-Barba, «Sobre el fundamento de los derechos humanos», en *Anales de la cátedra Francisco Suárez*, citado, núm. 28/1988, y, con fundamentos diferentes, Eduardo Rabossi, «la fundamentación de los derechos humanos: algunas reflexiones críticas», en *MS*, México, 1987.

en plural, como sinónimo de facultades, títulos, etcétera está intrínsecamente asociada a la expresión *derecho*, cuando ella se refiere al orden jurídico, al sistema de normas jurídicas positivas. De este modo, se alega, hablar de *derechos jurídicos* parece redundante y, por el contrario, referirse a *derechos morales* parece, si no autocontradictorio, por lo menos paradójico. Esto no se daría en inglés por la distinción entre las palabras *right* y *law* para referirse, respectivamente, a las facultades, título y permisiones, por un lado, y al orden jurídico o a las normas jurídicas, por el otro, y, además, por la asociación que allí se da, en cambio, entre el uso de la palabra *right* con el primer significado y el uso de la misma palabra para referirse a lo correcto o a lo justo.

Esta argumentación lingüística es sumamente desconcertante. No parece *prima facie* que estas variaciones del léxico puedan tener consecuencias tan profundas como que dos culturas que han permanentemente interactuado tengan una diferencia conceptual tan radical como la que se sugiere: los hablantes del inglés poseerían una categoría que usan ampliamente en su discurso práctico, que nosotros no podríamos reconocer por el accidente de contar con la misma palabra *derecho* que se usa tanto para denotar un cierto sistema de normas como para hacer referencia a una cierta relación que las normas pueden establecer entre las personas. En segundo término, la explicación de nuestra limitación conceptual no resulta plausible: todos los textos de introducción al derecho explican que el sentido subjetivo y objetivo son dos significados diferentes de la palabra *derecho*; por lo tanto no se ve porque deberían estar necesariamente asociados si no es por razones fonéticas: hablar de un derecho jurídico no es más redundante que hablar de una prenda que se prenda, ni hablar de un derecho moral es más paradójico que hablar de un cabo de tierra adentro. En tercer lugar, resulta obvio que todo el mundo usa la expresión *derecho* en contextos no jurídicos («tengo derecho [claramente no jurídico] a que se me escuche», «ahora yo tengo derecho a mover la pieza»), y muchas veces se usa la expresión precisamente para criticar al orden jurídico porque no reconoce el derecho en cuestión (como he sostenido en otro lugar,[2] ésta es una de las apelaciones más relevantes a los derechos humanos). Finalmente, aun cuando todas las razones anteriores no se aplicasen, si la categoría conceptual que los hablantes del inglés designan con la expresión *moral rights*

[2] Véase *Ética y derechos humanos*, Buenos Aires, 1989, cap. I.

fuera genuina e importante en el discurso práctico, debería simplemente **estipularse** una expresión en castellano para aludir a ella, sea *derechos morales* o cualquier otra (por ejemplo, *títulos, exigencias, demandas, facultades, permisos morales*), sin hacer de esta cuestión verbal todo un problema filosófico.

De modo que si se cuestiona el reconocimiento de derechos morales, ello no puede ser por limitaciones de nuestro idioma, sino porque se piensa que la categoría conceptual misma es espuria, aun cuando se tenga la suerte de poder denominarla *moral rights*. Hay que mostrar que para que se dé la relación normativa típica de los **derechos** las normas que establecen esa relación tienen que tener las características distintivas del **derecho**.

Pero ¿cuál podría ser el argumento que permita mostrar tal cosa? Dado que la mayoría de los que cuestionan la categoría conceptual de los *derechos morales* son escépticos en materia ética, alguien podría sostener que lo que se impugna son relaciones normativas establecidas por normas *inexistentes*. Pero este argumento sería absurdo: el que las normas morales fueran inexistentes haría en todo caso también inexistentes a las relaciones que ellas establecen (y no sólo a los derechos, sino también a los deberes, a las responsabilidades, a las competencias, etcétera), pero esto no quiere decir que no las podamos reconocer conceptualmente así como podemos reconocer las relaciones entre seres mitológicos. Por otra parte, los escépticos y relativistas no suelen negar la existencia de normas morales, sino en todo caso la posibilidad de su fundamentación intersubjetiva y universal, lo que se complementa, generalmente aunque no siempre,[3] con su identificación con convenciones sociales, o con actitudes subjetivas o con la interpretación de expresiones éticas en términos de expresión de emociones o de formulación de prescripciones. Pero en la medida que, en cualquiera de estas variantes, se le dé alguna interpretación a la existencia de normas morales, ella tendría que extenderse a los derechos que derivan de tales normas.

También se podría sostener que hay alguna otra característica distintiva de las normas jurídicas que hace que ellas y sólo ellas sean generadoras de derechos subjetivos. Por ejemplo, el hecho de que las normas jurídicas, como dice Kelsen,[4] regulen

---

[3] Éste no es el caso, por ejemplo, de J. Mackie, quien en *Inventing Right and Wrong*, Harmondworth, 1977, hace compatible su escepticismo con una teoría ética objetivista.

[4] Véase *Teoría Pura del Derecho*, trad. Roberto J. Vernengo Nilve, México, 1979, pág. 75.

sanciones, y, como dicen otros, estén respaldadas por sanciones. Pero la primera caracterización ha sido repetidamente rechazada por no recoger el dato de tantas normas jurídicas que tienen un contenido diverso a la prescripción de sanciones y, lo que me parece más contundente, por haber juicios morales que también califican a actos punitivos como debidos o correctos. Por otra parte, si la supuesta falta de contenido coactivo de las normas morales no es óbice para que ellas generen deberes -que están más directamente asociados con las sanciones,-[5] no se ve por qué deberían impedir que generen derechos -sobre todo si éstos se ven como correlatos de tales deberes.

Tampoco parece que el que las normas morales no estén respaldadas por sanciones sea óbice para que ellas generen derechos subjetivos. En primer lugar, no es claro que, cuando son aceptadas, no estén respaldadas por sanciones de algún tipo -como el reproche moral- y aun por sanciones ejecutadas a través del aparato coactivo del Estado, sin que por ello se conviertan necesariamente en normas jurídicas. Pero, en segundo término, es menos claro todavía por qué debería exigirse el respaldo de sanciones y aun de sanciones coactivas para que las normas morales generen derechos, cuando ello no ocurre en el caso de los deberes o responsabilidades morales. Sólo si los derechos subjetivos se identificaran con **acciones procesales** esta posición parecería tener algún sustento, pero, por supuesto, no hay razón para tal identificación, sobre todo cuando ni siquiera los derechos subjetivos jurídicos son completamente reducidos a tales acciones.[6]

Tal vez la vinculación de los derechos subjetivos morales con el respaldo a través de sanciones se justifique como una forma indirecta de decir que para que una relación normativa sea constitutiva de un derecho debe tener *efectividad, vigencia*, debe *gozar de reconocimiento*. Cuando ello ocurre la norma que subyace al derecho en cuestión se convierte en una norma social y aun -regla de reconocimiento mediante- en una norma jurídica. Pero cuando ello no ocurre, un derecho que no es efectivo es una mera ficción. Éste no es exactamente el mismo planteo que el anterior relacionado con la existencia de las normas morales, ya que aquí no se trata de su validez intersubjetiva o de la posibilidad de fundamentarlas y adscribirles valores de verdad sino

---

[5] Véase P. M. S. Hacker, «Sanction Theories of Duty», en *Oxford Essays in Jurisprudence*, ed. A. W. B. Simpson, Oxford, 1973.

[6] Véase este tema en mi *Introducción al análisis del derecho*, Buenos Aires, 1980, cap. IV.

de su vigencia y efectivo reconocimiento. Pero salvo que se identifique la existencia de las normas morales con esa vigencia (con lo que se aceptaría una posición convencionalista) no se ve por qué no se podrían invocar derechos precisamente para obtener su reconocimiento. El discurso habitual en términos de derechos morales -y centralmente el que alude a derechos humanos- no es un discurso constatativo de lo que generalmente se da; es un discurso de reforma y de brega; es un discurso dirigido a adecuar la realidad a ciertos ideales.

Por último, se podría suponer que la resistencia a admitir derechos morales tiene un origen totalmente diverso a los argumentos revisados anteriormente: puede sostenerse que una teoría ética plausible no puede estar basada en derechos, sino en deberes, ideales de lo bueno o en virtudes. Ésta es una vieja controversia que se remonta a Bentham[7] cuando consideraba a los derechos como «sinsentidos en zancos», pero obviamente aceptaba una teoría ética -el utilitarismo- que está basada en una concepción de lo bueno. El tema fue retomado en trabajos recientes de Mackie,[8] Dworkin[9] y Raz,[10] y la controversia continúa, en la medida en que una teoría moral basada en derechos no es sólo objetada por el utilitarismo, sino también por concepciones aristotélico-tomistas y comunitaristas.[41] Sin embargo, aunque tal vez haya cierta presuposición no muy consciente en los autores que dudan de los derechos morales de que los deberes o algún ideal del bien -como el utilitarista- son hechos morales más *duros* que hasta un escéptico podría aceptar como base de una teoría ética, la controversia no está planteada en estos términos de ética **normativa**, sino como una cuestión conceptual o de metaética. Los escépticos acerca de los derechos morales en el marco de la cultura de habla española se distinguen precisamente de los que rechazan tales derechos en la literatura en idioma inglés por no incursionar en la discusión substantiva de si deberíamos, consecuentemente, aceptar un sistema moral basado en deberes, virtudes o concepciones de lo bueno, generalmente porque también son escépticos acerca de la posibilidad de una discusión racional sobre tales cuestiones.

---

[7] Véase J. Bentham, *The Works of Jeremy Bentham*, ed. John Bowring, Edimburgh, 1843, vol. II, pág. 491.

[8] Véase J. Mackie, «Can there be Right-Based Moral Theory», en *Theories of Rights*, J. Waldron, ed., Oxford, 1984.

[9] Véase R. Dworkin, *Taking Rights Seriously*, Cambridge, Mass., 1977, cap. 6.

[10] Véase J. Raz, «Right-based Moralities», en *Theories of Rights*, citada.

2. *El teorema fundamental*. -El desarrollo anterior ataca una negativa **extrema** respecto de los derechos morales que, como hemos visto, resulta bastante poco plausible aun para el escepticismo ético. Pero puede defenderse una tesis más **atenuada** que se opone a una tesis más fuerte sobre la relevancia de los derechos morales para el razonamiento práctico: la negativa atenuada consiste en sostener que si bien es admisible reconocer conceptualmente a los derechos morales y hasta admitir que las normas que los establecen pueden justificar acciones y decisiones, sin embargo, no puede aceptarse que esas normas que proveen derechos morales tengan, en su campo de aplicabilidad, un carácter justificatorio **excluyente**. También debemos admitir, según esta posición, que hay proposiciones sobre *derechos jurídicos* que proveen razones para actuar con total independencia de su posible derivación de principios morales que establecen derechos subjetivos. Se puede agregar que, dado que la mayoría de los derechos nacionales y el derecho internacional reconocen los derechos fundamentales **-los derechos humanos-** no es necesario, a todos los efectos prácticos que preocupan a quienes se sienten comprometidos por tales derechos, mostrar que tales normas jurídicas derivan de, o están de algún modo apoyadas por, principios morales.

Creo, sin embargo, que tampoco esta negativa atenuada a aceptar derechos morales se justifica, ya que me parece correcta la tesis fuerte opuesta de que los principios morales son excluyentemente justificatorios en su campo de aplicación, y que sólo los derechos establecidos directa o indirectamente por tales principios, y que son por lo tanto derechos morales, pueden servir de razones para actuar.

Esto depende de un tema central, tal vez el tema central de la filosofía del derecho, que es el de determinar en qué medida el discurso jurídico práctico -o sea el discurso que permite justificar acciones y actitudes- es un discurso independiente y autosuficiente o si es parte -o un caso especial, **Besonderesfall** para usar la expresión de Alexy-[11] del discurso moral general. En realidad, controversias como la añosa entre iusnaturalismo y positivismo jurídico, que se presentan engañosamente como disputas sobre el concepto de derecho -con lo que se convierten en estériles controversias verbales que desconocen el simple hecho de que puede haber varios de tales conceptos de derecho-[12] versan sobre esta cuestión

[11] Véase R. Alexy, *A Theory, of Legal Argumentation*, Oxford, 1989.

[12] Véase mi libro *La validez del derecho*, Buenos Aires, 1985, cap. VII.

Creo que la alternativa del «caso especial» o de la dependencia del discurso jurídico respecto del discurso moral puede ser probada, y lo puede ser de un modo cuasi formal, por lo que me animo a denominar a esta prueba, por sus enormes consecuencias para toda nuestra concepción acerca del derecho, *el teorema fundamental de la teoría general del derecho*.

Antes de pasar a resumir esa prueba que he desarrollado más extensamente en otro lugar,[13] debo hacer dos aclaraciones. La primera es que voy a entender por una **proposición justificatoria** de una acción o decisión a aquella cuya formulación implica cierta inconsistencia práctica con la no realización de la acción o con la adopción de la decisión opuesta. La segunda es que hay diversos conceptos de **norma jurídica**: puede hacer referencia, por un lado, a una práctica social -o sea a una cierta regularidad de acciones y actitudes-, a un cierto acto lingüístico que se ejecuta con la intención de influir en el comportamiento de otros -como cuando identificamos a las normas jurídicas con prescripciones-, a un cierto texto -como cuando hablamos de interpretar una norma-, y también a las proposiciones que describen a estos fenómenos o entidades, o, por el otro, a un juicio normativo, o sea a una proposición que califica deónticamente a una cierta acción.

Con estas aclaraciones, veamos el caso más claro de un razonamiento jurídico justificatorio que es el que realiza un juez para fundamentar una cierta decisión o una determinada prescripción. Supongamos que la justificación inmediata de, por ejemplo, una orden de lanzamiento, que el juez dicta sea el juicio de que *la demandada María debe desalojar la vivienda alquilada*. Ella constituye una proposición justificatoria en el sentido de que constituiría una inconsistencia práctica si el juez formulara ese juicio y se negara a dictar la orden de lanzamiento de María o si apoyara la orden de lanzamiento de María en la negación de ese juicio.

En anticipación a la obvia pregunta de cómo el juez fundamenta a su vez el juicio de que *María debe desalojar la vivienda alquilada*, él dará como razón típicamente la conjunción de dos tipos de juicios: un juicio de hecho del tipo *María no pagó dos meses de alquiler* y una norma jurídica como *el propietario que no recibe dos meses de alquiler tiene* **derecho** *a recobrar la vivienda locada*. El problema radica en cómo interpretar el juicio que se identifica como una norma jurídica. Como vimos, una

[13] Véase, *ídem*, cap. IX.

norma jurídica puede concebirse como una práctica social, un acto lingüístico tal como una prescripción o un texto, y también como un juicio que **describe** la existencia de la práctica social, la prescripción o el texto. Pero en ninguno de estos casos la norma jurídica permitirá por sí sola fundamentar o derivar la proposición justificatoria de la acción o decisión. Se puede describir con verdad que hay una práctica social de desalojar a quien no paga dos meses de alquiler devolviendo al propietario la tenencia del inmueble locado o el acto de alguien de formular una prescripción dirigida a que se desaloje a quien no pague dos meses de alquiler o la existencia de un texto que emplea esas palabras y formular, sin inconsistencia práctica alguna, el juicio justificatorio de que *María -que no pagó dos meses de alquiler- no debe ser desalojada*. Por supuesto, esto no sería el caso sí la expresión debe en el último juicio hace ella misma referencia sólo a la existencia de una práctica social, prescripción o texto, pero en este caso -en que habría una inconsistencia lógica entre la negación de este juicio y la descripción de la práctica social, prescripción o texto, el juicio *María debe ser desalojada* no tendría en sí mismo fuerza justificatoria y sería compatible con cualquier acción o decisión.

De modo que para que el juicio *el propietario que no cobra dos meses de alquiler tiene derecho a recuperar la tenencia de su inmueble locado* permita justificar la proposición justificatoria *María debe ser desalojada* él sólo puede ser una norma jurídica en el cuarto sentido que vimos al comienzo: el sentido que alude a un juicio normativo, o sea una proposición que califica a una conducta como prohibida, permitida u obligatoria. Por cierto que este juicio normativo que permite justificar directa o indirectamente una acción o decisión debe distinguirse de una **prescripción**: ésta consiste en el *acto* de formular un juicio normativo con la intención de que esa formulación -dado quien la hace o las condiciones en que se la hace- sirva como razón auxiliar para actuar a cierta persona, dadas sus otras razones operativas.[14]

Una vez que aceptamos que el fundamento de una proposición justificatoria particular en un típico razonamiento práctico jurídico sólo puede ser una norma jurídica entendida como un juicio normativo, es razonable plantearse la pregunta acerca de cómo sabemos que ese juicio normativo en el que el juez se basa

[14] Véase este concepto en J. Raz, *Practical Reasons and Norms*, Londres, 1975, cap, I.

para fundamentar su decisión es, al fin y al cabo, una norma jurídica. Porque el juicio *el propietario que no recibe dos meses de alquiler tiene derecho a recuperar el inmueble locado* bien puede ser interpretado como un juicio moral, por ejemplo cuando es formulado por alguien que ignora lo que dispone el orden jurídico, o le resulta indiferente lo que él disponga, o sabe que el orden jurídico no dispone nada al respecto -tiene una laguna-, o sabe que dispone lo opuesto y sugiere modificarlo. Kelsen diría que un juicio normativo como el del ejemplo será identificado como una norma jurídica o como un juicio moral tomando en cuenta si lo que él determina como debido o permitido es o no un acto coactivo, o una sanción. En este caso, si el desalojo es visto en tales términos, el juicio en cuestión podría ser considerado una norma jurídica. Pero ya vimos en el punto anterior que este criterio distintivo de las normas jurídicas no es plausible, no sólo porque hay obvias normas jurídicas que no disponen sanciones sino, sobre todo, porque hay claros juicios morales que califican como permitidos o debidos a actos coactivos que tienen el carácter de penas (como, por ejemplo, «*los narcotraficantes deben ser sometidos a pena de muerte*»). En el ejemplo anterior también vimos obvios contextos en que el juicio *el propietario que no cobre dos meses de alquiler tiene derecho a recuperar la tenencia de su inmueble locado* puede ser interpretado como un juicio moral.

Si el contenido no es distintivo de los juicios normativos jurídicos deberá serlo entonces su **origen**. Y, en efecto, parece claro que lo que distingue a los juicios normativos jurídicos de los morales es el hecho de ser aceptados, en el razonamiento práctico que justifica una acción o decisión, por el hecho de haber sido **formulados por cierta autoridad**, que puede ser legislativa o convencional. De modo que un juicio del tipo el *propietario que no cobra de su inquilino dos meses de alquiler tiene derecho a recuperar su inmueble locado* sólo es concebido como una norma jurídica cuando es aceptado en el razonamiento práctico, de un juez, por ejemplo, por la razón de haber aceptado previamente un juicio del tipo *el legislador L ha prescripto que el propietario que no cobra dos meses de alquiler tiene derecho a recuperar la tenencia de su inmueble*. Sólo si se acepta el primer juicio porque se acepta este segundo tipo de juicio el primero es concebido como una norma jurídica.

Pero ya hemos visto que el segundo tipo de juicio consiste en la descripción de una norma jurídica entendida como una prescripción (también podría ser la descripción de la práctica social consistente en aceptar la prescripción) y que ese tipo de juicio no

tiene fuerza justificatoria: él es pragmáticamente compatible con cualquier acción o decisión. Por lo tanto, no es lógicamente posible que alguien acepte el primer tipo de juicio por la razón de aceptar el segundo tipo de juicio; si lo hiciera incurriría en un obvio *non sequitur*. A lo sumo, un juicio del tipo *el legislador L ha prescripto*... sólo puede ser **parte** de la razón de que se acepte un juicio del tipo *el propietario tiene derecha a*... La parte operativa de la razón tiene que estar dada por otro juicio con fuerza justificatoria del tipo *el legislador L debe ser obedecido o tiene autoridad o derecho para emitir prescripciones*.

Llegados a este punto, cabe la obvia pregunta acerca de si este último juicio normativo, que constituye el núcleo de la razón operativa por la cual una norma jurídica es aceptada, es en sí mismo una norma jurídica. Y aquí la respuesta tendrá que recorrer de nuevo todo el camino que ya hemos visto: no puede ser distinguido como norma jurídica por su contenido sino por la razón por la cual es aceptado; esa razón no sólo debe incluir la descripción de lo prescripto por una autoridad o convención sino un juicio normativo que les da autoridad o legitimidad. Por supuesto que el proceso no puede proseguir al infinito y llegará un punto en que debemos aceptar que una norma jurídica es aceptada en virtud de un juicio normativo que no es una norma jurídica, puesto que no es a su vez aceptado por haber sido formulado por una autoridad que otro juicio normativo legitima sino por sus propios méritos. Ahora bien, un juicio normativo que es aceptado no por haber sido formulado por cierta autoridad sino por sus propios méritos, es precisamente lo que se suele identificar como un **juicio moral** -en esto consiste precisamente el rasgo de *autonomía* de los juicios morales enfatizado por Kant.

Con esto tenemos la conclusión aparentemente paradójica de que las normas jurídicas se identifican como tales por su derivación en el razonamiento práctico de juicios de índole moral. Si un juicio que deriva lógicamente de un juicio moral también lo es, de aquí se sigue que las normas jurídicas, entendidas como proposiciones justificatorias, son un caso especial de juicios morales. Por cierto, que Kelsen[15] advirtió perfectamente este riesgo de confusión entre el derecho y la moral y pretendió evitarlo mediante el recurso de sostener que el juicio normativo último que no es aceptado por derivar de cierta fuente dotada de autoridad

[15] Véase *op. cit*., cap. V.

-su famosa norma básica- no es un juicio moral puesto que su fuerza justificatoria queda neutralizada por el hecho de que no es aceptado categóricamente sino hipotéticamente en el razonamiento jurídico. Pero un juicio normativo que es aceptado sólo como hipótesis sólo permite justificar decisiones hipotéticas, por lo que no tiene ningún rol en un razonamiento práctico justificatorio de acciones y decisiones reales, como el de los jueces.

Creo que esto constituye una demostración de que las normas jurídicas que establecen derechos -por ejemplo el juicio de *el propietario tiene derecho a recobrar el inmueble locado a quien no ha pagado dos meses de alquiler*- sólo tienen un carácter justificatorio de acciones o decisiones si constituyen una especie de juicios morales puesto que derivan de un juicio moral que legitiman a cierta autoridad y de un juicio que describe la prescripción de esa autoridad. Si convenimos en que los derechos que están establecidos por normas morales son derechos morales, de aquí se sigue que sólo los derechos morales permiten justificar acciones o decisiones.

De este modo, intenté mostrar que ni siquiera es correcta la tesis débil que niega que los derechos morales sean los únicos derechos a los que puede aludirse para criticar o defender una acción o decisión. Esto es, por supuesto, consecuencia, de la tesis más amplia de que el discurso jurídico justificatorio es «un caso especial» o es dependiente del discurso moral. Esta tesis más amplia tiene la consecuencia -desagradable, por cierto, para los escépticos en materia ética- de que la presunta subjetividad, relatividad o imposibilidad de fundamentación de los presupuestos del discurso moral se transmite al discurso jurídico justificatorio.

3. *Relaciones entre moral y derecho*.- Quienes se oponen a la idea de que sólo derechos de índole moral tienen carácter justificatorio de acciones y decisiones señalan también la obscuridad que presenta la alegada relación entre normas morales y normas jurídicas, lo que se manifiesta en la incertidumbre acerca de qué relaciones tiene que haber entre derechos establecidos por las primeras y los establecidos por las últimas: por ejemplo, un comportamiento, como el de circular por la derecha puede ser moralmente indiferente (¿permitido?), pero jurídicamente obligatorio; puede haber comportamientos que están moralmente prohibidos o que son obligatorios (mentir, ayudar a un amigo necesitado) pero que son jurídicamente facultativos y son, por lo tanto objeto de derechos.

Las relaciones lógicas entre normas morales y jurídicas y entre

los derechos establecidos por ellas son por cierto intrincadas y deberían ser objeto de más atención de los especialistas de lógica deóntica, una vez que superen los prejuicios en contra de los principios y derechos morales. Sin embargo, hay algunas cosas que surgen con cierta obviedad hasta para un lego en esa disciplina.

En primer lugar, la demostración anterior indica que la relación entre normas jurídicas -entendidas como juicios normativos o como razones justificatorias- y las normas morales es una relación de **identidad** de caso, es decir, hay casos de normas morales que **son** normas jurídicas, puesto que la clase de las normas jurídicas justificatorias es una especie de la clase de normas morales; no todo principio o juicio moral es una norma jurídica, pero toda norma jurídica que tiene un rol de razón operativa en el razonamiento práctico es un juicio moral especial, que se distingue por derivar de un principio moral que legitima a cierta fuente de prescripciones y de una descripción de una de tales prescripciones. Por lo tanto, no se presentan los problemas que algunos autores advierten en las relaciones de derivación o subalternación entre normas jurídicas y normas morales; tampoco puede objetarse la duplicación del contenido de ambos tipos de normas, precisamente porque son las **mismas**.

Claro está que uno puede distinguir entre normas morales **puras**, en cuya aceptación no es en absoluto relevante la prescripción de una autoridad, y normas **jurídico-morales**, que son aquellas que son aceptadas en virtud de que una norma moral pura legitima la prescripción de cierta autoridad. Como vimos, para que el segundo tipo de normas establezca derechos que permiten justificar acciones o decisiones ellas deben derivar de normas morales puras. Pero esto no quiere decir que esas normas morales puras también deben establecer derechos: ellas pueden establecer simplemente el **deber** de obedecer a cierta autoridad o pueden valorar positivamente las consecuencias de obedecer a tal autoridad. No tiene por qué haber, entonces, una relación de derivación entre los derechos morales que surgen como consecuencia de la prescripción de una autoridad y derechos que surgirían de normas morales puras que legitiman tal autoridad (un utilitarista negaría este último tipo de derechos morales como elementos irreducibles del sistema moral, pero no tendría por qué negar el primer tipo de derechos morales). Cuando una autoridad legitimada por normas morales puras prescribe el deber de realizar un cierto comportamiento, los beneficiarios de ese comportamiento tienen un **derecho** -según algunas posiciones ello sólo es así cuando, además, se tiene una

acción procesal para hacerlo cumplir.[16] Estos derechos correlativos de deberes que están establecidos por normas jurídico-morales son los que Dworkin llama «*derechos institucionales*».[17]

Pero además, por supuesto, las normas morales puras también pueden establecer directamente derechos, que los podemos llamar *derechos fundamentales* para distinguirlos de los derechos institucionales, que también son de índole moral. Es un tema sumamente controvertido si esos derechos son irreducibles o si deben ser interpretados, por ejemplo, también como correlativos de deberes o como derivados de ciertos ideales del bien. Tengo para mí que estos derechos no institucionales no pueden ser interpretados en el contexto de una concepción liberal de la sociedad como reflejos de deberes de otros sino como fundamento de tales deberes, una vez que se dan ciertas condiciones adicionales como es la posibilidad de actuar; creo que lo que esos derechos exigen es que cierto estado de cosas valioso **deba** ser obtenido, lo que es diferente que decir que hay un deber de producirlo (como se advierte en inglés con la diferencia entre las palabras *ought* y *duty*).[18] También es una cuestión controvertible de ética sustantiva si los derechos fundamentales determinan sólo deberes de los legisladores o directamente también de los jueces y de los ciudadanos en general.

Por cierto que, dependiendo de qué posición se tome en controversias como las mencionadas, puede haber conflictos entre las normas morales puras y las normas jurídico-morales, y entre los derechos fundamentales y los institucionales (y los deberes) que ellas establecen. Estos conflictos reflejan tensiones entre las normas morales puras de tipo substantivo y la norma moral pura que otorga legitimidad a una cierta autoridad o práctica social. Es una cuestión de ética normativa determinar cómo se resuelven estos conflictos, de modo que prevalezcan uno u otro tipo de normas puras. Por ejemplo, intuitivamente estamos dispuestos a sostener que prevalece el derecho institucional establecido por una autoridad legítima de no desalojar un inmueble debido a una suspensión general de los desalojos, por una situación de emergencia económica, sobre lo que algunos conciben como un derecho fundamental de propiedad que excluye cualquier uso ajeno no consentido. Sin embargo, hay otros casos en que sostendremos que prevalece el derecho fundamental

---

[16] Véase mi libro *Introducción al análisis del derecho*, citado, cap. IV.

[17] Véase, *op. cit*., cap. 4.

[18] Véase mi libro citado, *Ética y derechos humanos*, cap. I.

establecido por normas morales puras sobre el derecho moral-institucional (por ejemplo, si el primero protege bienes como la vida o la integridad corporal). En otro lugar[19] he tratado de desarrollar una teoría general que pretende ofrecer criterios para resolver este tipo de conflictos.

Es obvio que también podemos hablar de **derechos** en contextos no justificatorios y referidos a normas jurídicas concebidas como prácticas sociales, prescripciones o textos. En estos casos las proposiciones que hacen referencia a derechos serán meramente descriptivas y no proporcionaran razones para justificar una acción o decisión (así podemos decir, por ejemplo, que nadie tenía derecho a más de una comida diaria en los campos de concentración nazis). Por supuesto, estas proposiciones son completamente independientes de juicios morales normativos. Pero pueden interactuar con ellos en el marco del razonamiento práctico. Hemos visto precisamente que los juicios que permiten derivar normas jurídicas justificatorias -o sea juicios jurídico-morales- de principios morales puros que legitiman a cierta autoridad, son de este tipo, puesto que son juicios que describen la prescripción de cierta autoridad o determinada práctica social. Debe ser sumamente complejo, y no parece que pueda resolverse sin ciertos criterios de ética sustantiva, determinar cuándo un derecho en este sentido puramente descriptivo da lugar a un derecho moral institucional dado cierto trasfondo de normas morales puras -las que a su vez, como vimos, pueden establecer derechos fundamentales, o sea, no institucionales.

Por otro lado, las normas jurídicas entendidas como prácticas sociales, prescripciones o textos o las proposiciones descriptivas que dan cuenta de ellas tienen otra función crucial en el razonamiento práctico, además de la de permitir la derivación de normas jurídico-morales a partir de normas morales puras: cuando aquellas normas han tenido un origen democrático creo, como lo he tratado de mostrar en otro lugar,[20] que constituyen un fundamento epistémico para inferir con alguna probabilidad -mayor o menor de acuerdo a la amplitud y pureza del procedimiento democrático pero nunca con certeza absoluta- cuáles son las normas morales puras. Esto introduce una enorme complicación en la determinación de la relación entre derechos fundamentales, derechos en sentido puramente descriptivo y derechos institucionales, ya que los derechos puramente descriptivos

[19] Véase, *ídem*.

[20] Véase, *ibídem*, cap. IX.

pueden tanto constituir una justificación epistémica para inferir derechos morales fundamentales como permitir, además, la derivación lógica a partir de ellos de derechos morales-institucionales.

Esto puede llegar a constituir un intrincado rompecabezas lógico, pero me parece que ello no es motivo para excusar la resistencia a admitir derechos morales.

SEGURIDAD JURÍDICA Y SISTEMA CAUTELAR

En una monografía reciente Peter Häberle ha asignado al estilo literario jurídico de la recensión el papel de factor y espejo de la evolución del derecho (*Faktor und Spiegel der Rechtsentwicklung*). Para cumplir esa tarea, esta manifestación de la cultura científico jurídica, debe contribuir a una triple función: *informativa* de las novedades bibliográficas relevantes; *receptora* de las orientaciones y cambios de rumbo predominantes en la teoría y/o práctica del derecho; y *productora*, a su vez, de tesis y concepciones a través de la prolongación o la crítica de las ideas recensionadas.[1] Sabedor de la dificultad que entraña el logro de esa tercera función, no quisiera que ello me desalentara del empeño por cumplir las otras dos respecto a una obra que estimo digna de ser conocida y analizada.

El estudio que da pauta a este comentario[2] es fruto de una labor demorada en pacientes años de investigación, que tuvo su primer reconocimiento como tesis doctoral defendida con la máxima calificación en la Facultad de Derecho de la Universidad de Barcelona en 1988. Galardonada luego con el Premio Falguera, distinción quinquenal instituida por el Colegio Notarial de Barcelona, al que pertenece José Luis Mezquita del Cacho. Establecidas, de forma urgente, las dos coordenadas identificadoras básicas que exige cualquier comentario: la obra y su autor, procede iniciar su exploración.

* * *

[1] P. Häberle, «Wissenschaflitche Zeitschriften als Aufgabenfeld juristischen Rezensionswesens», en el vol. *Verfassungsrecht und Völkerrecht. Gedächtnisschrift für Wilhelm Karl Geck*, ed. a cargo de W. Fiedler y G. Ress, Carl Heymanns Verlag, Köln-Berlin-Bonn-München, 1989, págs. 277 y sigs.

[2] J. l. Mezquita del Cacho, *Seguridad jurídica y sistema cautelar. 1. Teoría de la seguridad jurídica; 2. Sistema español de Derecho cautelar*, Barcelona, Editorial Bosch, 1989, vol. 1, 396 págs.; vol. 2, 547 págs.

Los dos volúmenes que, por el momento,[3] conforman la obra dividen su contenido en función del análisis del Sistema o Teoría General de la seguridad jurídica, objeto del tomo primero; y el desenvolvimiento del sistema español de protección preventiva de la seguridad jurídica privada, o sea, de nuestro Sistema de Derecho cautelar, problemática que constituye el núcleo informador del tomo segundo.

El primer volumen se articula a su vez, en torno a dos grandes cuestiones: 1.ª) La consideración de la seguridad jurídica como valor y como principio irrenunciable de los ordenamientos jurídicos democráticos. En función de ese planteamiento se estudian sucesivamente la formación histórica y delimitación conceptual de la idea de seguridad jurídica (págs. 15-109); el papel de tal noción en el ámbito de la división de los poderes públicos y de la interdicción de su arbitrariedad (págs. 109-169); su incidencia en la legalidad y en la tensión entre ésta y la libertad (págs. 169-198); así como sus relaciones con el valor de la justicia y con la Dogmática jurídica (págs. 199-236). 2.ª) El estudio de las proyecciones de esa función de la seguridad en la esfera del Derecho privado, precisando los rasgos principales que deben concurrir en ella para el logro de su finalidad: dinamismo frente a estatismo, y dimensión preventiva, en cuanto forma o procedimiento institucional de garantía (págs. 237-398).

El volumen segundo se ocupa del desenvolvimiento del marco teórico del Sistema general de seguridad jurídica, diseñado en el primero, en el ordenamiento cautelar español. A partir de la concepción del Sistema cautelar como el conjunto de recursos de acción para la normalidad cotidiana de la aplicación del Derecho en la esfera privada, que se materializan en la investidura formal como institución suplente y presuntiva de la titularidad, se establecen los rasgos de su formación, evolución en el Derecho comparado (págs. 1-32). Un apartado importante de la investigación se dirige a establecer el *status* científico y la naturaleza jurídica del Sistema cautelar (págs. 33-210). Son objeto de una exposición pormenorizada las distintas funciones en que se desglosa la seguridad preventiva (págs. 211-287), así como las instituciones normativo-conceptuales y operativas a través de las que dichas funciones se realizan (págs. 287-511). La obra se cierra

[3] El Autor revela en el pórtico de su obra su propósito de proseguirla con sucesivos tomos dedicados al Amparo Cautelar a cargo de jueces y fiscales, asistidos de secretarios juridiciales; a la función cautelar documentadora a cargo del notariado; y, por último, a la publicidad cautelar de los registros.

con un Apéndice, balance de cuanto ha representado históricamente el Sistema cautelar español y programa de sus posibles aportaciones al ordenamiento eurocomunitario (págs. 515-547). La larga experiencia de nuestro sistema cautelar, síntesis armonizadora de múltiples instituciones provenientes de diferentes familias jurídicas; así como la convivencia secular de instituciones comunes y forales en nuestro marco jurídico-político, hacen del sistema español un modelo que, en opinión del Autor, no debiera ser desatendido en la conformación del futuro sistema de seguridad de las relaciones jurídicas privadas de la Europa unida.

* * *

Constituye el nervio informador de la faceta constructiva de la investigación objeto de este comentario la observación, recurrente a lo largo de sus páginas, de que se debe al penetrante sentido jurídico de los romanos la consciencia de que no es posible concebir las fuentes del Derecho al margen de los cauces que las alimentan. Para designar a esas minas o filones utilizaron las expresiones, referidas a otros tantos órdenes de acción jurídica: *respondere, postulare y cavere*.[4] Con el primer término se aludía a la actividad dictaminadora, embrión de lo que en el decurso del tiempo sería el quehacer científico de la Dogmática. En el segundo se incluían las técnicas de argumentación forense de las que emergerán la jurisprudencia y las garantías procesales. El *cavere* significaba la acción precautoria, preventiva o cautelar de actos y contratos jurídicos, para evitar o reducir controversias y, en última instancia, para facilitar su resolución.

Nos hace observar el Autor que, en la trayectoria histórica, Estado y Sociedad han mantenido un acuerdo básico sobre el *respondere* y el *postulare*. Ambas instituciones han tendido a que el Derecho respondiera a criterios de racionalidad abstracta, pero adecuándose a las exigencias concretas del caso y dentro de un procedimiento que garantizara los intereses de las partes. En cambio, el devenir registra una secular contienda Estado/Sociedad en lo referente al *cavere*. La filosofía estatal al respecto cifraba en el intervencionismo público en la formalización de actos y contratos la garantía de seguridad y objetividad. La de la

[4] *Respondere, postulare, cavere*, fue precisamente el título elegido por José Luis Mezquita del Cacho para sus conferencias de presentación de la obra aquí comentada en Madrid y Barcelona, a quien agradezco el haberme facilitado este texto todavía inédito.

sociedad civil partía de que los negocios entre particulares correspondían al ámbito exclusivo de la autonomía de la voluntad, bajo un régimen de consentimiento libre e informal.

Durante un dilatado período histórico los poderes públicos confiaron a la institución judicial la seguridad formal de los actos privados. Mientras que en el tejido social la función del *cavere* fue desarrollada por el notariado y el registro de la propiedad. La revolución burguesa contribuyó a potenciar estas instituciones por su inmediata relevancia para garantizar el derecho subjetivo de propiedad, clave de bóveda del orden jurídico liberal individualista. Pero la propia economía capitalista engendró un movimiento, el mercantilismo, que en su afán obsesivo por promover y agilizar las transacciones erosionó las garantías formales y, en primer término, las cautelares.

Entiende Mezquita del Cacho que las circunstancias aludidas no fueron ajenas a que en el Plan científico de división disciplinar del Derecho, elaborado en el pasado siglo, no se reservara espacio para el *cavere*. La evolución de la Teoría y la Metodología del Derecho quedó, de este modo, polarizada entre la elaboración conceptual y sistemática del Derecho propiciada por las derivaciones dogmáticas del *respondere*, y los desarrollos de las teorías argumentativas, neorretóricas, tópicas y revalorizadoras de la jurisprudencia que dimanan del postulare.

El *cavere* quedó, en gran medida, marginado de los cauces de elaboración científica y metodológica del Derecho. Sus funciones se consideraron meros remedios artesanales de técnica jurídica práctica, ligada a un ejercicio profesional privado, útiles para propiciar seguridad fáctica, pero carentes de entidad teórica y relegadas a una normación por vía reglamentaria. Se consagraba, así, un hiato entre la anatomía y la fisiología jurídicas, representadas por el Derecho material asumido «en estado de paz teórica», y la patología jurídica, metafóricamente cumplida por el Derecho procesal en cuanto marco de tratamiento de «la enfermedad del pleito». Y, por ende, resultaba postergada o infravalorada la inmunología e higiene jurídica, dirigida a «vacunar el cuerpo de las relaciones jurídicas privadas» para evitar conflictos, mediante procedimientos formales cautelares.

* * *

Una vez trazado, con ejemplar claridad, este sugerente mapa o itinerario de las tres grandes actividades en que se desglosa la experiencia jurídica, Mezquita del Cacho explicita su propósito;

que no es otro que el de reivindicar las funciones de seguridad del *cavere*. El sistema cautelar viene considerado como un factor esencial para la garantía de los derechos e intereses legítimos, así como para evitar y ahorrar al Estado la contenciosidad excesiva y el consiguiente desastre institucional que produce. Por ello, reclama un espacio propio para el Sistema cautelar en la División disciplinar del Derecho. Tal espacio no debe quedar relegado al plano práctico, sino que debe implicar una renovada atención y elaboración científica de sus presupuestos y elementos estructurales. Se trata, en suma, de impulsar al *respondere* a que reflexione en profundidad sobre el *cavere*, para que se vea reducida la inflación perniciosa del *postulare*.

Al pasar revista a las causas que han podido incidir en esa marginación científica del sistema cautelar, Mezquita alude a la consabida tensión de la justicia respecto a la seguridad. La prioridad jurídica del valor de la justicia, así como la manipulación de la seguridad por los despotismos para legitimar sus legalidades represivas, han contribuido a fomentar la reticencia de quienes la afrontaban desde ópticas democráticas. Conviene, no obstante, advertir que los ataques más implacables contra la seguridad jurídica han procedido de los dos totalitarismos más caracterizados de nuestro siglo: el de signo nazi-fascista, que la ha impugnado por su significación conformista y antiheroica; y el comunista, que la reputa un producto de la ideología burguesa de orientación inequívocamente antiigualitaria.

Las reticencias, teóricas e ideológicas, frente a la seguridad jurídica se han ido desvaneciendo en la medida en que el constitucionalismo democrático ha situado en la cúspide de las funciones estatales la garantía de los derechos y libertades. Con ello, la seguridad jurídica no sólo se inmuniza frente al riesgo de su manipulación, sino que deviene un factor inevitable para el logro de los valores de la justicia y de la paz social. Desde ese enfoque debe contemplarse la rehabilitación de la seguridad jurídica operada por nuestra Constitución de 1978. Cuando se la invoca en el Preámbulo, en el art. 9.3 y en otros artículos del Título primero, se la contempla como un deber del Estado y se la funcionaliza para el logro de los derechos fundamentales. Así se evita el riesgo de su deformación o de su manipulación involutiva, y se la convierte en un valor y principio informador supernormativo de nuestro ordenamiento jurídico.

Desde esta perspectiva renovada la seguridad jurídica pierde su secular cariz antitético de la justicia, y se convierte en componente y promotora de justicia. La seguridad jurídica asume en nuestro ordenamiento el papel de valor y principio de triple proyección:

inspiradora de las relaciones que en la *esfera pública* se dan entre el Estado y los ciudadanos; garante de la autonomía de la voluntad en las *relaciones jurídico-privadas*; e impulsora de la libertad civil en el *terreno intermedio público/privado* removiendo los obstáculos que desvirtúan la libertad entre desiguales, para lo que se requiere información plena y garantías cautelares frente a los riesgos de eventuales abusos. Uno de ellos, y no el menor, es el abuso procesal que se genera en los litigios entre partes de desigual capacidad de resistencia ante la demora y el riesgo de fallo injusto de las causas.

En el *Estado social y democrático de Derecho* el sistema cautelar, en cuanto uno de los principales cauces operativos de la seguridad jurídica, adquiere un importante cometido. Se trata de establecer unas garantías para equilibrar las situaciones fácticas de desigualdad que imponen los nuevos Leviatanes económicos (multinacionales, banca, macroempresas, *lobbies* de todo tipo…), a través de un sistema de protección preventista en contratos generales, de consumo de bienes y servicios básicos. El sistema cautelar puede así cumplir una primordial función de tutela de los consumidores, garantizando las formas frente a los grandes agentes económicos, que bajo el pretexto de la rapidez y eficacia, no dudan en avasallar cualquier interés social que se oponga a sus designios. Al cumplir esta función, el *cavere* no mengua la dinámica del tráfico, sino que la consolida por cifrarla en la confianza social. Suministra a los consumidores la dosis de *respondere* informativo y preventivo que precisan para hacer sus adquisiciones social y económicamente seguras. Y, por añadidura, contribuye a agilizar y descongestionar el *postulare*, casi siempre moratorio y dispendioso para los consumidores y usuarios.

* * *

En las cuestiones nodales y, por eso mismo, arduamente debatidas de la Filosofía y la Teoría del Derecho como lo es el concepto de seguridad jurídica, la exhaustividad resulta inalcanzable y las opciones de enfoque son ilimitadas. Por ello, el mérito y la utilidad de las investigaciones que afrontan esos conceptos y categorías se mide tanto por su capacidad para captar su persistente relevancia jurídica como para dar cuenta de los cambios de rumbo que periódicamente jalonan su andadura. La obra de Mezquita alcanza cumplidamente ambos cometidos. Supone un estudio monumental sobre el significado y alcance de la seguridad jurídica que, entre la infinitud de caminos para enjuiciarla,

no deja de recorrer el suyo. A ello se orienta su empeño reconstructivo y, en cierto modo, rehabilitador de la función de la seguridad en la experiencia jurídica actual, realizado siguiendo el hilo conductor del sistema cautelar. Gracias a esa perspectiva se iluminan zonas tradicionalmente oscuras de la seguridad jurídica y las ya conocidas adquieren nueva evidencia.

Al propio tiempo, en este estudio se apuntan y compendian las principales transformaciones que hoy inciden en los vectores teóricos y prácticos de la seguridad jurídica. Desde premisas doctrinales distintas y sin alusión expresa a ellas, la investigación de Mezquita converge y se hace cargo de las principales inquietudes y proyecciones que hoy suscita la seguridad jurídica. Trataré de dar cuenta de alguna de ellas.

* * *

Con su habitual lucidez ha recordado Rudolf Wiethölter que el tránsito del Estado liberal al Estado social de Derecho supuso, entre otras cosas y no la de menor trascendencia, considerar al orden y la seguridad jurídica como el presupuesto, no la consecuencia de las libertades y derechos fundamentales. La seguridad deja así de concebirse como un mero apéndice resultante del ejercicio de las libertades individuales, para devenir condición necesaria de un sistema de derechos fundamentales plenamente garantizados.[5]

Esta llamada de atención ha potenciado una renovada óptica de encuadre de las relaciones entre seguridad y libertad. Ahora no tan sólo se ha superado la pretendida contradicción libertad/seguridad, al concebirse la seguridad como garante de la libertad. Se advierte en determinados empeños doctrinales del presente el propósito de rebasar la tradicional dimensión *objetiva* de la seguridad, en cuanto elemento informador del ordenamiento jurídico, para extenderla a la esfera *subjetiva* de los derechos fundamentales.

A ello, se orienta, por ejemplo, la reivindicación por parte de Josef Isensee de un derecho fundamental a la seguridad (*Das Grundrecht auf Sicherheit*). Este nuevo derecho fundamental no supondría sólo un límite a la actividad del Estado, una defensa frente a injerencias arbitrarias del poder público, fin prioritario atribuido por Wilhelm von Humboldt a la seguridad, sino que

---

[5] R. Wiethölter, *Rechtswissenschaft*, Helbing & Lichtenhahn, Basel-Frankfurt, a.M., 2.ª ed., 1986, págs. 165 y sigs.

encauzaría la política estatal hacia la obtención de determinados bienes jurídicos directamente vinculados con la libertad y la igualdad de los ciudadanos.[6]

Nuestro sistema constitucional se hace eco de esa subjetivización de la seguridad jurídica. Por eso, tras consagrar su reconocimiento como valor (Preámbulo) y como principio informador del ordenamiento jurídico (art. 9.3), la consagra como un aspecto integrador, garantía de inmunidad, del derecho fundamental a la libertad personal (art. 17.1). Asimismo, nuestra Ley de leyes invoca expresamente a la seguridad como fin específico del compromiso de tutela de los consumidores y usuarios, a través de procedimientos eficaces, que incumbe a los poderes públicos (art. 51.1).

Estos nudos problemáticos de la seguridad hallan eco en la obra de Mezquita. Debe juzgarse del todo pertinente su propuesta hermenéutica de una lectura de la invocación a la seguridad jurídica contenida en el artículo 9.3 en clave del 9.2, propiciada por la identidad de la *sedes materiae* de positivación constitucional. Esta tesis vendría también avalada por una interpretación sistemática conectora del art. 9.3 con el artículo 1.1. En su virtud se entiende inherente al Estado social de Derecho «que la seguridad sirva a promover la igualdad real empezando por remover el obstáculo que deriva a este efecto del desequilibrio de poder en que en una sociedad neocapitalista se lleva a cabo la contratación sobre bienes de necesidad individual. La legislación de protección a usuarios y consumidores constituye muestra de dicho propósito...» (vol. I, pág. 246; *vid*. también, vol. II, págs. 197 y sigs.).

* * *

De forma análoga a la redimensión de las relaciones seguridad/libertad, se ha producido un replanteamiento de la tensión seguridad Justicia, tendente a superar los planteamientos basados en su pretendida antítesis irreductible. Entre estos últimos ha adquirido notoriedad, hasta el punto de constituir una cita clásica en la mayor parte de estudios sobre la seguridad, la expresión atribuida a Wolfgang Goethe de preferir sufrir la injusticia a soportar el desorden.

Esta tesis fue explicitada y ampliamente difundida por Gustava

[6] J. Isensee, *Das Grundrecht auf Sicherheit*, Walter de Gruyter, Berlin-New York, 1983, págs. 16 y sigs.

Radbruch al situar la tensión justicia/seguridad como una de las antinomias fundamentales de la idea del Derecho.[7] Luego fue formulada, con particular énfasis, por Francesco Carnelutti para quien el logro de la certeza entraña inevitablemente el sacrificio de la justicia, y la superación de la antítesis entre ambos valores sólo es posible al precio de admitir «l'infallibilità del legislatore».[8]

Frente a aquellos enfoques, Erhard Denninger ha sintetizado su diagnosis de la situación actual como un deslizamiento de la seguridad jurídica hacia la seguridad de los bienes jurídicos como justicia social: «Von der *Rechtssicherheit* zur *Rechtsgütersicherheit* als sozialer Gerechtigkeit».[9]

La aproximación entre seguridad y justicia se produce ahora a partir de una concreción de ambos valores. El primero deja de identificarse con la mera noción de legalidad o de positividad del Derecho, para conectarse inmediatamente con aquellos bienes jurídicos básicos cuyo «aseguramiento» se estima social y políticamente necesario. La justicia pierde su dimensión ideal y abstracta para incorporar las exigencias igualitarias y democratizadoras que informan su contenido en el Estado social de Derecho.

El principio de la protección de los bienes jurídicos (*Rechtsgüterschutz*) ha sido objeto de una amplia elaboración doctrinal por la Filosofía y la Teoría del Derecho (especialmente la penal) alemanas de nuestros días. En una extensa y documentada investigación debida a Knut Amelung se cifra en los ideales jurídicos de la Ilustración y, en especial en sus proyecciones en el pensamiento de Paul Johann Anselm Feuerbach de los inicios del siglo XIX, el planteamiento de esta tesis. En su formulación actual entraña una tendencia a funcionalizar los instrumentos de protección jurídica hacia el logro de bienes o valores jurídicos que se estiman imprescindibles para la convivencia social.[10]

---

[7] G. Radbruch, *Filosofía del Derecho*, trad. cast. de J. Medina Echevarría, Editorial Revista de Derecho Privado, Madrid, 1933, págs. 95 y sigs.

[8] F. Carnelutti, *La certeza del diritto*, incluido en el vol. de F. López de Oñate, ed. a cargo de G. Astuti, *La certezza del diritto*, Giuffrè, Milano, 1969, pág. 203. En este mismo trabajo alude expresamente a un «irriducibile contrasto tra la giustizia e la certezza del diritto», en pág. 199. Sobre el debate en relación con la certeza del Derecho suscitado en la doctrina jurídica italiana de la posguerra, cfr, mi libro, *Iusnaturalismo y positivismo jurídico en la Italia moderna*, Publicaciones del Real Colegio de España, Bolonia, 1970, págs. 132 y sigs.

[9] E. Denninger, «Der Präventions-Staat», en *Kritische Justiz*, 1988, núm. 1, pág. 1.

[10] K. Amelung, *Rechtsgüterschutz und Schutz der Gesellschaft*, Athenäum Vertag, Frankfurt a.M., 1972, págs. 4 y sigs., y 16 y sigs.

Su relevancia positiva para una revisión de las funciones de la seguridad jurídica estriba en los siguientes aspectos:

1.º Permite dotar de una base empírica a las garantías de seguridad, al vincularlas a la obtención de bienes jurídicos concretos (vida, libertad, salud, calidad de vida, seguridad en el tráfico...)

2.º Contribuye a comprobar la eficacia del sistema de seguridad al ponerlo en relación con sus consecuencias en el plano de los bienes jurídicos a cuya tutela se dirige.

3.º Legitima la función de la seguridad en el Estado social y democrático de Derecho como cauce operativo indispensable para la consecución de los grandes objetivos constitucionales. En particular, orienta la labor legislativa al establecimiento de técnicas de protección claras y justas de los bienes jurídicos.

Estos aspectos positivos no pueden velar algunos peligros que se denuncian como contrapunto de una concepción de la seguridad jurídica en cuanto seguridad de los bienes jurídicos. Entre los motivos críticos que se avanzan frente a esta tesis me parecen especialmente dignos de ser tomados en consideración los siguientes:

a) El carácter impreciso y equívoco de la propia noción de «bienes jurídicos». Con ella se corre el riesgo de caer en meras tautologías en las que se incurre cuando se define los bienes jurídicos como «bienes que incumben a todos», o «bienes que el Derecho debe proteger», etc. De otro lado, la propia amplitud de los objetos o bienes que hoy se juzgan merecedores de tutela jurídica que se extiende a temas tales como el medio ambiente, la protección de consumidores y usuarios, o la protección de los datos personales frente a abusos de la informática; así como la correlativa extensión de las situaciones o *status* subjetivos que se estiman dignos de protección y que tiende a incluir a cuantos poseen interés colectivos o difusos sobre esos bienes, amenaza con hacer «insegura» una seguridad basada en un concepto tan amplio y de perfiles tan difusos como el de bienes jurídicos.

b) Entre las imprecisiones que dimanan de la idea de los bienes jurídicos una de las más debatidas es la de si tales bienes se refieren a intereses individuales o sociales y colectivos.[11] La identificación del bien jurídico con intereses puramente individuales

[11] Cfr. sobre la tensión entre concepciones individualistas y estatalistas, con especial referencia a los bienes jurídicos objeto de protección penal, cfr. W. Hassemer y F. Muñoz Conde, *Introducción a la Criminología y al Derecho Penal*, Tirant lo Blanch, Valencia, 1989, págs. 107 y sigs.

parece difícilmente admisible en un Estado social y democrático de Derecho. No menos riesgo implica una versión transpersonalista o estatalista del bien jurídico que lo reduzca al interés de quienes detentan el poder político.

c) El peligro estatalista se ve potenciado por la conexión de la teoría del bien jurídico con la concepción preventiva del Estado. Así, para Erhard Denninger la conversión de la seguridad jurídica en seguridad de los bienes jurídicos representa la otra cara del proceso de conversión del Estado de Derecho en Estado de prevención (*Preventions-Staat*). En dicho orden político el Estado se legitima como garante de la justicia material mediante la producción de seguridad de unos bienes jurídicos, cuya definición el mismo se reserva. Así, so pretexto de la prevención de los bienes jurídicos, frente a hipotéticas o eventuales agresiones, recaba la adhesión incondicionada a sus medidas de control social restrictivas del ejercicio de la libertad. En la práctica política del Estado preventivo el ciudadano va dejando de ser paulatinamente sujeto de derechos fundamentales (*Grundrechtssubjekt*), para devenir mero destinatario de deberes fundamentales (*Grundpflichtadressat*).[12]

Para evitar los riesgos apuntados, entiendo que la seguridad de los bienes jurídicos debería responder a determinadas exigencias:

1.ª En primer término, la ambigüedad y equivocidad conceptual de esa categoría podría hallar un cauce de superación si se identifica con la noción, más precisa, de los valores constitucionalmente proclamados por los Estados de Derecho. A su vez, tales valores o bienes jurídicos hallarían así su concreción definitiva en el propio sistema de los derechos fundamentales. La actividad de las jurisdicciones constitucionales, en su labor hermenéutica y aplicadora de los derechos y libertades, constituye un elocuente y estimulante ejercicio continuado de delimitación práctica del contenido de los bienes jurídicos, así como de su compatibilización a través de la «ponderación de bienes» (*Güterabwägung*).[13]

2.ª La tensión entre la concepción individualista y transpersonalista de los bienes jurídicos halla precisamente su más acabado intento de solución en el Estado social de Derecho. En este tipo de organización política los derechos fundamentales, o sea,

---

[12] E. Denninger, *op. cit*., pág. 13.

[13] *Vid*. mi libro *Derechos humanos, Estado de Derecho y Constitución*, Tecnos, Madrid, 2.ª ed., 1986, págs. 262 y sigs., y 286 y sigs.

los bienes jurídicos tienden a posibilitar la integración plena y simultánea de las exigencias personales y sociales. Los derechos y libertades dejan de concebirse como un núcleo de *garantías negativas* dirigido a evitar las injerencias del poder público en la esfera privada, para devenir *cauces positivos* tendentes a remover los obstáculos de orden económico, social y cultural que impiden la plena realización de la libertad y la igualdad humanas.[14]

3.ª La función de seguridad de los bienes jurídicos, propia del Estado social de Derecho, puede eludir la involución autoritaria del Estado de prevención en la medida en que su estructura responda a los principios del pluralismo y la participación democrática. De este modo, será posible eludir el peligro de que el aseguramiento y la prevención de los bienes jurídicos actúe como un salvoconducto o una coartada legitimadora de cualquier tipo de política de seguridad del poder público. Se trata, en suma, de que en una sociedad democrática y pluralista los valores, bienes o derechos fundamentales no pueden ser el producto de la imposición arbitraria de un grupo ideológico, sino el resultado del consenso intersubjetivo edificado sobre supuestos procedimentalmente imparciales y a partir del sistema de necesidades radicales humanas. Se evita, de este modo, que la justicia social, que se identifica con la seguridad de los bienes jurídicos, corra el riesgo de transformarse en una forma de absolutismo ético-jurídico responsable de una tiranía de valores.[15]

* * *

La obra de Mezquita del Cacho no se adhiere, al menos de forma expresa, a las teorías germanas identificadoras de la seguridad con la seguridad de los bienes jurídicos. No obstante, es fácil advertir en sus páginas una reflexión que contiene notables puntos de coincidencia con las cuestiones que dimanan de esos planteamientos. Ese paralelismo de enfoque, desde culturas jurídicas distintas, revela la propia nodalidad problemática de cuanto hoy se debate al amparo de estos empeños reconstructivos y renovadores de la seguridad jurídica.

Un amplio apartado del tomo segundo (Capítulo 4, págs. 213-280) de la obra que suscita este comentario, se halla dedicado a exponer las virtualidades del sistema cautelar en el aseguramiento

---

[14] Ibíd., págs. 82 y sigs.; cfr. también mi volumen, *Los derechos fundamentales*, Tecnos, Madrid, 3.ª ed., 1988, págs. 203 y sigs.

[15] *Ibíd*., págs. 162 y sigs.

de bienes jurídicos. Si bien, en el haber del planteamiento de Mezquita hay que anotar su precisa delimitación de la esfera orbital de incidencia de tales bienes, a través de una continuada referencia a los actos y estados jurídicos en los que se manifiesta en el plano de las relaciones privadas. Se evita, de este modo, que tal categoría se convierta en un «tipo ideal» impreciso y abstracto, bajo cuya rúbrica quepa todo.

La referencia constante a la dimensión preventiva del sistema cautelar, que constituye un evidente *leitmotiv* de la obra, tampoco implica la aceptación del modelo de Estado de prevención. La «dinámica preventista», reiteradamente invocada por Mezquita, no entraña una merma o infravaloración de las garantías formales del Estado de Derecho. Como expresamente puntualiza el Autor «*la Forma sirve al fondo* de las relaciones jurídicas, ya que constituye la ocasión de control de sus circunstancias y permite proyectar sobre ellas la luz de la libertad y de la equidad, alcanzándose *seguridad sustancial* a través de la *certeza formal*» (vol. 1, pág. 380).

La *seguridad preventiva* no se confunde, por tanto, con el valor de la justicia. Tiende hacia ella y favorece su consecución «*pero no es en sí justicia, sino seguridad*» (vol. 1, pág. 397). Por eso, el sistema de seguridad preventiva diseñado por Mezquita del Cacho nada tiene que ver con la hipóstasis de un valor absoluto y eterno legitimador de un Estado de prevención, peligro que acecha tras algunas formulaciones actuales de la tesis de la seguridad de los bienes jurídicos. La seguridad que dimana del sistema cautelar, que auspicia Mezquita, es siempre una garantía formal de carácter provisional y revisable. «Ningún sistema acumula tanta aptitud para conducir a la seguridad -en su opinión- como aquel que se construya desde la duda crítica (controles, calificaciones); aunque su *status* resultante siga siendo tan presuntivo y revisable (dudable, en suma); experiencia real que confirma la profunda verdad de aquel bello adagio de Samuel Beckett que proclama que *entre todas las cosas seguras, ninguna es tan segura como la duda*» (vol. I, pág. 398).

* * *

Los trabajos que abordan conceptos y categorías fundamentales de la Teoría del Derecho suelen responder a dos modelos diferenciados: el *expositivo*, que tiende a ofrecer la documentación básica del *status quaestionis* de la materia objeto de estudio, y puede también expresarse en forma de clasificaciones taxonómicas y tentativas metódicas de sistematización; y el *creativo*

orientado hacia la propuesta de nuevas claves metódicas de afrontar los problemas, o a avanzar soluciones innovadoras. A un punto de encuentro entre ambos modelos pienso que responde la obra que suscita este comentario. En sus páginas se suceden y entremezclan, en proporción decisivamente correcta, la referencia amplia y rigurosa a la bibliografía básica de los distintos aspectos de la seguridad jurídica, con el avanzar de sus propias tesis y propuestas.

De primera impresión pudiera estimarse que la reiteración de excursos hacia temas colaterales, así como la profusión y amplitud de las notas a pie de página,[16] diluyen el hilo discursivo de la obra. Pienso, por contra, que ese posible desbordamiento temático se ve compensado con usura por la riqueza de informaciones y entronques con asuntos concomitantes que, de continuo, se sugieren.

En cuestiones como la seguridad jurídica, cuyas implicaciones con otros institutos son ineliminables, la profundización vertical debe correr pareja con la horizontal. Se trata de evitar que el bosquejo de un *contorno* lineal y rectilíneo se logre a costa de eludir el *dintorno*; es decir, las fronteras de la realidad circundante que delimitan su sentido. De ahí, que el abundante aparato crítico-bibliográfico acoplado en esas citas no sea una mera digresión teórica, sino la referencia obligada para seguir el itinerario intelectual del Autor. Es más, gracias a ese generoso esfuerzo por hacer transparentes los soportes de su investigación un amplio catálogo de materiales bibliográficos, relacionados mediata o inmediatamente con la seguridad jurídica, han pasado a engrosar el acervo de fuentes y pistas doctrinales puestas al servicio de cuantos en el seno de nuestra cultura jurídica deseen prolongar el estudio de esa noción insoslayable de la Teoría del Derecho.

Admira el esfuerzo intelectual que estos dos amplios tomos sobre la *Seguridad jurídica y el sistema cautelar* están denunciando. La riqueza de documentación, la penetración crítica y, *suum cuique*, su cuidada presentación. Todo ello honra tanto a su

[16] A la relevancia de las notas bibliográficas para la investigación científica del Derecho se han referido P. Häberle y A. Blankenagel, «Fussnoten als Instument der Rechts-Wissenschaft», en *Rechtstheorie*, 1988, núm. 19, págs. 116 y sigs.

Autor como a cuantos han hecho posible su publicación.

E N T R E V I S T A

ENTREVISTA A GENARO R. CARRIÓ

1.

Usted siempre asocia el desarrollo de su interés sistemático por la filosofía del derecho a la influencia ejercida por Carlos Cossio. ¿Podría relatarme cómo se generó ese interés, cuál es el papel que Cossio tuvo en su aproximación a la filosofía jurídica, cuáles eran las ideas de Cossio que más le atraían, cuáles cree usted que son los aportes permanentes que Cossio hizo al desarrollo de la disciplina en Argentina?

Fui alumno de Carlos Cossio en el curso del Doctorado en Derecho de la Universidad Nacional de La Plata entre 1944 y 1946. Cossio era un profesor brillante, dotado de gran carisma: Cuando lo conocí yo acababa de cumplir veintidós años y mi ignorancia en materia filosófica, incluyendo la iusfilosofía, era insuperable. En muy pocos meses me convertí en un seguidor acrítico de las ideas de Cossio. Éste era un iusfilósofo, si cabe la expresión, decididamente revolucionario. Su concepción -la llamada por él Teoría Egológica del Derecho- incluía tesis muy audaces. Algunas de ellas contrariaban todo el pensamiento iusfilosófico anterior y contemporáneo a Cossio: el derecho no consiste en normas sino en conductas en interferencia intersubjetiva; las normas sólo son juicios que mencionan dichas conductas; la Teoría Pura del Derecho, en todo lo que tiene de básico o central, no es sino lógica jurídica formal, etc. Ese conjunto de ideas sumamente novedosas atraía a los discípulos de Cossio, principalmente a los más jóvenes, entre quienes me encontraba. Nos sentíamos partícipes de una cruzada dirigida a refutar y desplazar casi todo el pensamiento jurídico tradicional y también el vigente. Los aportes cossianos en su conjunto me resultaban atractivos, por su carácter osadamente innovador y por el brillo y elegancia con que su creador los exponía en sus clases.

Creo que es justo, en la perspectiva de hoy, destacar dos

aportes permanentes de Cossio al desarrollo de la iusfilosofía argentina. Hay, sin duda, más, pero esos dos, me parece, son los más dignos de mención. 1) El primero fue practicar y promover el diálogo oral y la polémica escrita como métodos centrales de la enseñanza y la investigación iusfilósoficas. Antes de Cossio no se los aplicaba con la intensidad con que él los implantó; después y hasta el presente ocuparon y han ocupado un papel insustituible en el desarrollo de esa disciplina. 2) El segundo fue poner en primer plano y estudiar el derecho judicial, como área de relevancia suma en la investigación iusfilosófica. También ese aporte ha perdurado, aunque con gravitación bastante menor que el anterior, salvo en la obra de algunos autores inicialmente formados por Cossio.

2. *También usted menciona entre sus mentores a Ambrosio Gioja. Me gustaría que me contara cuál fue la influencia que usted cree que Gioja ejerció sobre usted mismo y sobre gente como Vernengo, Rabossi, Alchourron, Bulygin, dada la escasez de su obra escrita y su orientación tan diferente a la de Cossio, tanto desde el punto de vista teórico como político.*

La influencia de Ambrosio L. Gioja entre los estudiantes y estudiosos que fueron sus alumnos o seguidores tuvo un carácter muy especial. Pese a haber sido durante algunos años (1943-1946) el más calificado discípulo de Cossio, Gioja no influyó sobre nosotros al modo de este último. No creó ninguna concepción o escuela iusfilosófica propia con el ánimo de transmitirla a sus discípulos. Lo que nos dejó tras su muerte, relativamente temprana, no fue una obra, sino un ejemplo: el de un pensador sumamente riguroso, apasionado por buscar fragmentos de la Verdad y exponer sus logros con la mayor claridad que pudiese alcanzar, incluso, o quizás principalmente, en relación con problemas arduos o profundos. También quiso enseñarnos con el ejemplo que la filosofía debe ser una actividad casi *full time*: Gioja prácticamente no hablaba de otra cosa. Fue el primer profesor de dedicación exclusiva que tuvo la Facultad de Derecho de la Universidad Nacional de Buenos Aires; desde ese cargo y también desde la Dirección del Instituto de Filosofía del Derecho, impartía sus enseñanzas y ofrecía su constante ejemplo. Sus intereses filosóficos fueron muy variados; entre ellos las obras de Kant, Husserl, Heidegger, Kelsen, Cossio, von Wright, los dos Wittgenstein, los positivistas lógicos, etc. Estudiaba a estos autores con el mayor rigor crítico, para refutarlos con solidez o bien para procurar extraer de ellos lo que a su juicio había allí de aprovechable.

Gioja dejó muy poca producción escrita, comparada con su incesante labor teórica. Para él la filosofía era una actividad principalmente oral. Lo oímos filosofar casi hasta el final de sus días y fue de él, en la medida de nuestras vocaciones y capacidades individuales, que aprendimos a hacerlo.

3. *En la época de Perón usted decidió tomar distancia del medio académico argentino, yendo a estudiar y luego a enseñar a los Estados Unidos; puede resultar interesante una breve referencia al impacto intelectual que recibió en esa estadía en los Estados Unidos. ¿Cuáles eran, por ejemplo, en ese entonces las corrientes dominantes en la filosofía del derecho? ¿Cuáles eran los teóricos de más prestigio? ¿Tenía todavía vigencia el realismo, y lo encontraba usted afín a las ideas egológicas?*

Permanecí en la Southern Methodist University Law School de Dallas, Texas, los años académicos 1954-5 y 1955-56. En el primero seguí y concluí el curso de Master of Law in Comparative Law; en el segundo, fui Associate Professor en dicho curso.

El principal impacto que allí recibí no fue iusfilosófico. Consistió más bien en tomar contacto teórico, por primera vez, con el *common law*, sistema jurídico tan distinto del nuestro y, a la vez, tan semejante a él. Distinto en el método de creación de muchas de sus normas generales; semejante en el fondo del contenido de gran cantidad de ellas. Como autor iusfilosófico sólo estudié más o menos seriamente a Roscoe Pound, a través de uno de sus principales seguidores, Jullus Stone. Después explicaré por qué.

En materia de filosofía general, cuando regrese a la Argentina sustentaba la creencia imperdonablemente errónea de que la principal, si no la única, contribución norteamericana digna de interés era el pragmatismo de Peirce y James.

En mi estadía en los Estados Unidos no estudié con un aceptable grado de seriedad al realismo jurídico norteamericano ni a otra escuela iusfilosófica salvo, como dije, la de Pound. Esto parece poco verosímil pero es cierto. Se explica en parte por el hecho de que el curso de Master que seguí y en el que luego enseñé no incluía Jurisprudence. Incluía, en cambio, una materia denominada Law in Society donde estudiábamos principalmente, perdón por la insistencia, la concepción de Pound. Lo que luego aprendí de la restante iusfilosofía norteamericana fue el resultado de estudios que hice en la Argentina, al poco tiempo de haber regresado a ella.

De todos modos lo que en el país del Norte pude conocer

acerca del *common law* -cuya técnica llegué a admirar- influyó de diversas maneras en aquellas publicaciones mías que examinan sectores del derecho judicial argentino: v. gr. *Recurso de amparo y técnica judicial. Recurso extraordinario por sentencia arbitraria*, etc.

El primero de esos dos libros, escrito en 1958-59 acusa la influencia de lo que aprendí en Estados Unidos sobre derecho judicial y permite inferir que ya se había operado en mí un avanzado debilitamiento de la ortodoxia egológica.

4. *En algún momento usted derivó de la egología a la filosofía analítica con un fuerte énfasis en el análisis del lenguaje ordinario: ¿Cómo se produjo esa evolución?¿Fue relevante para ello su estadía en Oxford y su contacto con Hart?*

Mi evolución hacia la filosofía analítica se produjo, inicialmente, por influencia de Eduardo Rabossi y Carlos Alchourron, a fines de la década de los años cincuenta. Después, ya por mi cuenta, leí buena parte de lo que había disponible en nuestro medio en materia de esa orientación filosófica. Al hacerlo fui descubriendo en mí una mayor disposición o inclinación a la filosofía del lenguaje ordinario. Me resultaba más atractiva que la derivada, por llamarla así, del Círculo de Viena. En la misma época en que Rabossi y Alchourron me iniciaban en la filosofía analítica, encontré al azar un número entonces reciente de la *Harvard Law Review* que contenía el hoy famoso artículo de Hart sobre el positivismo y la separación del Derecho y la Moral. Yo no sabía siquiera quién era Hart. Leí el trabajo detenidamente y lo encontré muy iluminador. Poco después lo traduje y luego lo usé en mis cursos de Introducción al Derecho. Escribí a Hart pidiéndole permiso para publicar dicha traducción junto con la de otros artículos suyos que le pedí que me sugiriera. Resultado de ello fue el libro *Derecho y Moral: Contribuciones a su análisis* (1962). En el curso de nuestra correspondencia Hart me informó que acababa de publicar un nuevo libro, *The Concept of Law*, y agregó que concebiblemente podía ser de interés para los lectores de habla española. Lo conseguí, lo leí y lo traduje. Se publicó en 1963.

Para ese entonces yo ya me consideraba un adherente a la filosofía del lenguaje ordinario. Para mejorar mi conocimiento de ella en su relación con la teoría jurídica fui a estudiar a Oxford en 1964. Hart iba a ser y fue mi *supervisor*. El posterior contacto con él incrementó mi interés por dicha orientación iusfilosófica.

5. *¿Cree usted todavía que el análisis del lenguaje ordinario es útil para resolver o disolver problemas filosóficos profundos o estaría ahora dispuesto a calificar esa utilidad? ¿Cree usted observar, en tal sentido, alguna diferencia entre sus trabajos más tempranos que tuvieron esa influencia y los últimos, como el que se refiere a los límites del lenguaje normativo?*

Según creo ver las cosas ahora, nunca llegué a creer con firmeza que el análisis del lenguaje ordinario es útil para resolver o disolver problemas filosóficos profundos (dicho sea entre paréntesis no me he considerado ni me considero con autoridad para determinar qué método o enfoque es más o menos útil para cumplir esa difícil tarea). Es posible, con todo, que el encandilamiento inicial que en mí produjo la lectura de cultores de la filosofía analítica general, tales como J. L. Austin, o de la iusfilosofía analítica, tales como H. L. A. Hart (ambos considerados como seguidores de la filosofía del lenguaje ordinario), así como mi primera estadía en Oxford (1964) cuando ese movimiento conservaba mucha de su vigencia, me hayan llevado en un principio a ver en él, sin una reflexión detenida, una herramienta apta para una enorme variedad de fines. Es posible también, quizás, que algo de aquel encandilamiento se refleje en el prólogo que Rabossi y yo escribimos a nuestra traducción castellana de *How to do thing with words*.

Pero no creo que los libros y monografías que he escrito expresen o supongan la convicción de que el análisis del lenguaje ordinario es útil para resolver o disolver problemas filosóficos profundos. Por lo menos no ha sido mi intención suscribir a esa creencia.

Para mostrarlo pondré tres ejemplos que creo pertinentes: 1) En *Notas sobre derecho y lenguaje* me limité a apoyarme en contribuciones propias de ese método de análisis para tratar de esclarecer algunos problemas planteados por la interpretación de las normas jurídicas y para procurar disolver seudodisputas entre los juristas. 2) En un prólogo que escribí en mayo de 1972 sugerí una posible objeción al intento de emplear un equipo conceptual extraído del «uso ordinario de la terminología relevante» o de «una somera reconstrucción de los criterios vigentes en el lenguaje ordinario» para aseverar que ha habido una o más acciones en el contexto de las normas sobre concurso en el Derecho Penal. La objeción sugerida por mí presuponía, según se ve, que el análisis del lenguaje ordinario no servía para lo que el autor de la monografía prologada quería hacerlo servir. 3) Existe una diferencia básica entre *Notas sobre derecho y lenguaje* (1.ª

y 2.ª edición), libro, como dije, influido por el análisis del lenguaje ordinario, y la monografía *Sobre los límites del lenguaje normativo*, en la medida en que el objeto principal de esta última fue procurar esclarecer el sentido de la expresión «poder constituyente originario» que no pertenece al lenguaje ordinario sino al lenguaje técnico de los constitucionalistas y de los politólogos.

6. *Usted ha escrito extensamente sobre el positivismo jurídico, argumentando entre otras cosas en contra de mi intento de mostrar que la controversia entre él y el iusnaturalismo es en buena medida terminológica. Sin embargo, hay algo que no me queda claro de su posición: ¿cree usted como el iusnaturalismo y el positivismo ideológico que el derecho o las normas jurídicas constituyen intrínsecamente razones para justificar acciones o decisiones, o se inclina por la posición del positivismo conceptual o metodológico, en mi caracterización, en el sentido de que, siendo las normas jurídicas reducibles a circunstancias fácticas no constituyen de por sí razones justificatorias de acciones y decisiones, siendo necesario recurrir a principios de índole moral para fundamentar la observancia del derecho? A lo mejor usted querría cuestionar los términos en que esta pregunta está expuesta.*

Discrepo profundamente con el iusnaturalismo y con el positivismo ideológico, por las razones que he expuesto en mis escritos sobre positivismo jurídico y iusnaturalismo. Pero no acepto que las normas jurídicas positivas, vistas a la luz del positivismo jurídico a la Austin, Bentham y Hart requieran recurrir a principios de índole moral para fundamentar su observancia.

Hay actos jurídicamente debidos como cosa distinta de actos moralmente debidos. Sobre esto hay consenso generalizado entre los juristas, quienes conciben que existen esos dos tipos distintos de deberes y hablan en términos de tal distinción. Para ellos la Moral no disuelve al Derecho; el que cumple con un deber que establece el derecho positivo realiza un acto lícito (para el Derecho) aunque sea argüible que lo que ha hecho comporta una transgresión (a la Moral). Ello es así porque las normas jurídicas positivas vividas como obligatorias son fuentes tan genuinas de deberes como las de una Moral racional, por más que unas y otras son separables.

Una razón que me lleva a sostener la ventaja de preservar la separabilidad del Derecho y la Moral como dos fuentes autónomas de derechos y deberes es ésta: ciertos valores básicos que el Derecho tiene como función establecer y preservar, tales como

el orden y la seguridad, quedarían seriamente lesionados, con la consiguiente anarquía del cuerpo social, si los obligados por las normas que procuran consagrarlos pudieran pretender eximirse de obedecerlas argumentando que son contrarías a la Moral y suscitando una disputa al respecto. Dicha disputa, encaminada a alcanzar la determinación de ese punto, puede concebiblemente ser muy prolongada y compleja y/o depender de factores subjetivos. Esta circunstancia, en su caso, sería incompatible con la función básica del derecho mencionada más arriba.

7. *En su obra tan influyente de índole constitucional usted parece aceptar un amplio papel para los jueces, por ejemplo en cuanto al control de constitucionalidad. ¿Por qué cree usted que los jueces son más confiables para proteger y promover derechos individuales que el proceso democrático? ¿Cree usted que la experiencia argentina ha sido positiva en cuanto a la actitud de los jueces de tutelar activamente los derechos de la persona humana? ¿O usted condiciona su posición a ciertas reformas en la estructura del Poder Judicial? ¿Estaría usted dispuesto a extender las facultades de control judicial a los llamados derechos sociales, o cree usted que hay, diferencias conceptuales o prácticas entre estos derechos y su tutela y los derechos individuales?*

Considero que una magistratura compuesta por jueces independientes, bien remunerados, probos, idóneos, consustanciados con los valores de la democracia y del liberalismo político que inspiran a la Constitución Nacional, constituye una garantía concreta de los derechos individuales mejor que la que en la Argentina han ofrecido los otros órganos del Estado y los procesos democráticos reales que han tenido vigencia en ella. Tal magistratura, según mi modo de ver, integra el proceso democrático al que debemos aspirar.

Cabe sostener que la experiencia argentina en materia de tutela judicial de los derechos humanos, por lo general y salvo algunos períodos (v. gr. el del llamado Proceso 1976-1983), no ha sido del todo mala. Ha sido más bien aceptable, si se la compara con la actuación tutelar de los derechos humanos ejercida por órganos dependientes de los otros poderes, también obligados a respetarlos y aun a protegerlos, tales como los integrantes de las fuerzas armadas o de la Comisión Visca.[1]

[1] Comisión de la Cámara de Diputados presidida e integrada mayoritariamente por peronistas, que funcionó durante la primera presidencia de Perón. Fue creada para investigar torturas en las cárceles. Inmediatamente cambió de finalidad y se dedicó a clausurar periódicos opositores en el interior del país.

Pienso que para que la magistratura pueda cumplir de mejor manera el papel de protección de los derechos humanos, habría que introducir modificaciones constitucionales y legales importantes en los métodos de designación y remoción de los jueces así como en las reglas de procedimiento. En este último caso, por ejemplo, la adopción de la oralidad en los juicios y la de la institución anglosajona del *amicus curiae*.

Creo que existen diferencias conceptuales y prácticas entre los derechos civiles y políticos, por un lado, y los sociales, económicos y culturales, por el otro, diferencias que hacen que los jueces puedan verse en la imposibilidad práctica de proteger, en un caso concreto, un derecho del segundo tipo, consagrado en la Constitución en forma no operativa, y respecto del cual el legislador (lato sensu) ha omitido dictar las normas o adoptar las medidas necesarias para que ese derecho tenga efectiva vigencia.

8. *Usted ha sido una excepción relevante de la generación que parece mostrar una tensión entre la actividad teórica profunda y la actividad profesional y pública, que usted ha ejercido con brillante éxito y con una dignidad particular, dada su actuación destacada en casos de abusos a los derechos humanos. ¿Cree usted que hay, por el contrario, una alimentación mutua entre la experiencia profesional y política, por un lado, y la actividad teórica por el otro? ¿Cuál es su posición respecto del modelo universitario, propio por ejemplo de los países anglosajones y de Alemania, que exige una dedicación exclusiva a la enseñanza y a la investigación, aun en el ámbito jurídico, confrontado con el modelo latino, en que la enseñanza del derecho aparece como accesoria de otras actividades?*

No me atrevo a hacer una afirmación de carácter general frente a esta pregunta. Hay de por medio, me parece, factores personales o idiosincráticos. Creo que en mi caso hubo una «alimentación» mutua entre la experiencia profesional (no he tenido experiencia política) y la actividad teórica. Quizás ello es debido a mi temprano interés por el derecho judicial y los problemas teórico-prácticos que plantea. Eso fue lo que me llevó, en mi primer libro, *Recurso de amparo y técnica judicial*, a tratar de esclarecer las numerosas virtualidades que supone y encierra la decisión de un *leading case* y en mi tercer libro (*Recurso extraordinario por sentencia arbitraria*), a procurar hacer una sistematización aceptablemente útil, a partir de una gran abundancia de casos, con la intención de hacer manejable un material judicial de apariencia muy desordenada. En la misma línea de

interés he escrito también monografías sobre fallos relativos a las garantías constitucionales del imputado. He escrito menos sobre temas de teoría general del derecho; no creo que en ese campo me haya apoyado en el simultáneo ejercicio de la abogacía. Con todo, en algunas contribuciones, principalmente las de carácter polémico, se advierten rasgos del estilo forense.

No me parece adecuado que la enseñanza del derecho aparezca como accesoria de otras actividades. Me inclino a que en cada profesor haya un equilibrio o balance entre la enseñanza y el ejercicio de la profesión de abogado, por lo menos en relación con todas aquellas asignaturas vinculadas en forma directa con dicho ejercicio. No debemos olvidar que la Facultad de Derecho tiene como una de sus misiones principales -no pocos piensan que la principal- la de enseñar un oficio o profesión y que mal puede hacerlo quien no sabe por experiencia cómo se ejerce. En cambio me parece bien que se *exija* la condición de *full time* a aquellos profesores que no enseñan asignaturas directamente conectadas con la práctica (v. gr. Filosofía del Derecho, Derecho Internacional Público, Historia del Derecho, Derecho Político, etcétera).

9. *En la Argentina se ha dado una situación excepcional en la que, no obstante las malas condiciones de apoyo a la investigación y a la enseñanza, en el ámbito de la filosofía del derecho surgió un grupo de gente destacada como Cossio, Gioja, usted, Alchourron, Bulygin, etc. Tal vez ello es debido a una serie de contingencias, como las relaciones amistosas que se dieron entre grupos con intereses comunes, el hecho de que los miembros de esos grupos tuvieran acceso a medios de vida que les permitían dedicarse con intensidad a la investigación teórica, o quizás hasta cierta exclusión de ámbitos públicos que tuvo un efecto de aglutinamiento en entidades como la Sociedad Argentina de Análisis Filosófico (SADAF). ¿Cuál es su pronóstico sobre el desarrollo futuro de la disciplina, tomando en cuenta que las condiciones no parecen mejorar y que se habla de «un vacío generacional»?*

Es verdad que factores del tipo de los mencionados sirvieron para que se formasen grupos de estudiosos, en su mayor parte jóvenes, que trabajaron en común, compartiendo muchas veces un mismo repertorio de ideas y aun un lenguaje.

El Instituto de Filosofía del Derecho de la Facultad de Derecho (hoy Instituto de Investigaciones Jurídicas Ambrosio L. Gioja) cumplió ese papel bajo la dirección sucesiva de Cossio y

Gioja. Durante la última dictadura militar fue cumplido principalmente por la Sociedad Argentina de Análisis Filosófico (SADAF). La restauración de la democracia operada a fines de 1983 reabrió las universidades oficiales a profesores que antes enseñaban en institutos privados (del tipo de SADAF) y la vuelta de ellos a la enseñanza oficial afectó a dichos institutos, como era fácil de prever. Sin embargo, aunque con menos actividad, en esas entidades se sigue investigando.

Mi alejamiento de la Universidad desde hace muchos años no me permite emitir juicio fundado acerca de si es en general posible formar buenos discípulos en aulas congestionadas. Tengo empero la experiencia directa de la calidad intelectual de los jóvenes investigadores del Centro de Estudios Institucionales, al que estoy vinculado desde su fundación. Son auténticas promesas de la iusfilosofía argentina. Todos ellos se han formado en la cátedra del profesor Carlos S. Nino. La capacidad y el celo de esos jóvenes estudiosos -doy por sentado que no son los únicos de su generación dotados de igual vocación y talento- sugieren que sería una exageración hablar hoy de la existencia de un «vacío generacional» en el campo de la iusfilosofía argentina.

En SADAF continúan trabajando investigadores más maduros, de alto nivel. Al igual que los jóvenes del Centro de Estudios Institucionales, los estudiosos de SADAF permiten poner en duda la afirmación de que hay ese vacío generacional.

10. *Sería interesante que usted expusiera cuáles son los temas teóricos que le atraen en la actualidad y cuáles son sus proyectos futuros.*

Sé lo que tendría que hacer pero no es en modo alguno fácil ni probable que lo haga. Por distintas circunstancias de mi vida, me he desactualizado en materia de filosofía política, disciplina que ha crecido enormemente desde que dejé de frecuentarla. Mientras junto el ánimo necesario para ponerme al día en ese campo, trataré de remozar mis menos desactualizados conocimientos de Derecho Constitucional argentino. Dada la coyuntura institucional por la que pasa mi país, los problemas propios de esa disciplina tienen en él un interés superlativo.

DOXA 7 (1990)