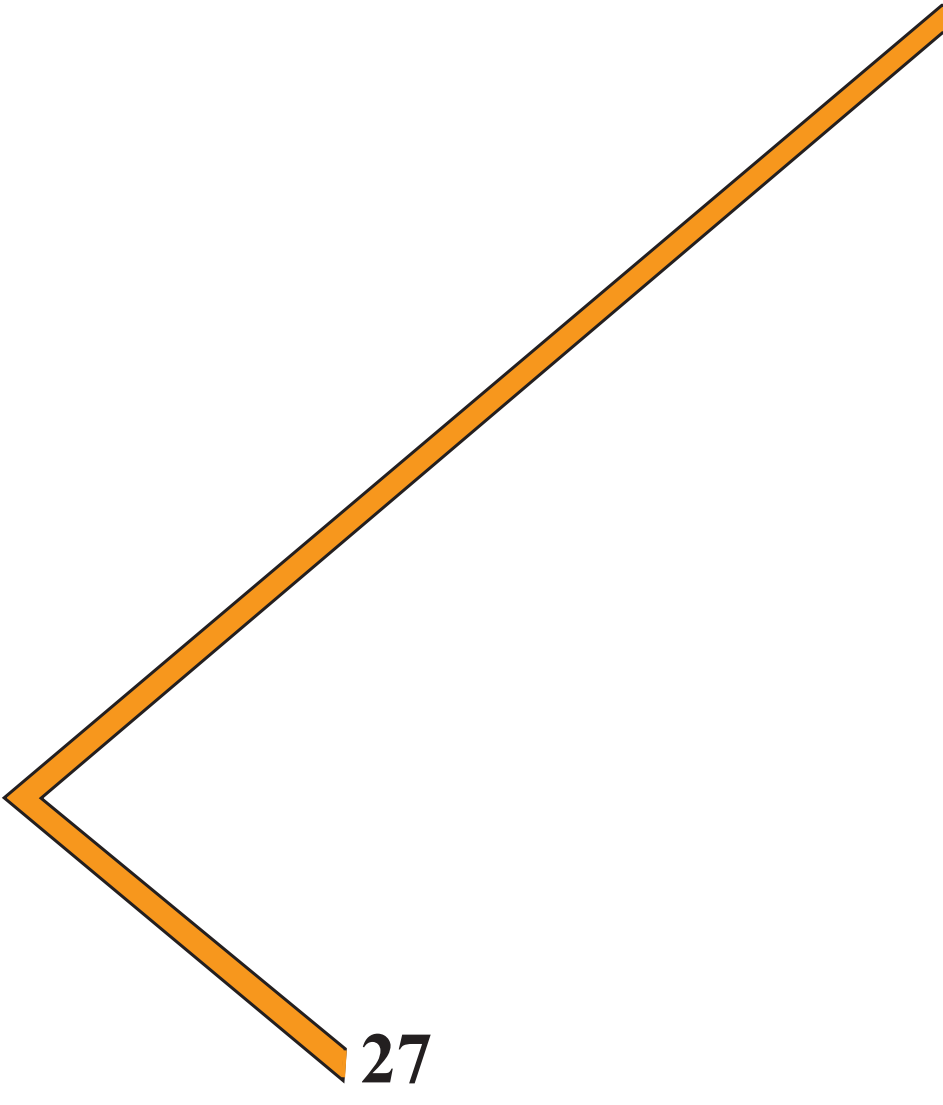


27

CUADERNOS DE FILOSOFÍA DEL DERECHO

D O X A

CUADERNOS DE
FILOSOFÍA DEL DERECHO

http: //cervantesvirtual.com/portal/doxa

Reservados todos los derechos

© Departamento de Filosofía del Derecho
Universidad de Alicante

I. S. S. N.: 0214-8676
Depósito legal: M-27661-1989

Preimpresión e impresión: Espagrafic San Juan de Alicante

Impreso en España

Printed in Spain

Seminario de Filosofía
del Derecho de la
Universidad de
Alicante

Centro de Estudios Políticos y Constitucionales
Servicio de Publicaciones de la Universidad de Alicante

Alicante, 2004

Í N D I C E

El futuro del positivismo jurídico
The Future of Legal Positivism

Eugenio Bulygin:
¿Está (parte de) la filosofía del Derecho en un error?
Does (part of) Philosophy of Law Rest on a Mistake? 15

Tom Campbell:
El sentido del positivismo jurídico (II):
El positivismo jurídico prescriptivo como un derecho humano
The Point of Legal Positivism (II):
Prescriptive Legal Positivism as a Human Right..... 27

José Juan Moreso:
El positivismo jurídico y la aplicación del Derecho
Legal Positivism and Legal Adjudication..... 45

Tomasz Gizbert-Studnicki y Tomasz Pietrzykowski:
Positivismo blando y la distinción entre Derecho y moral
Soft Positivism and the Distinction between Law and Morals..... 63

Fernando Atria:
La ironía del positivismo jurídico
The Irony of Legal Positivism..... 81

A propósito de los derechos humanos
On Human Rights

Marcelo Neves:
La fuerza simbólica de los derechos humanos
The Symbolic Strength of Human Rights 143

Marcelo Alegre:
¿Quién le teme a la igualdad?
Who Is Afraid of Equality? 181

Gloria Lopera:
Los derechos humanos como mandatos de optimización
Human Rights as Optimization Commands 211

Artículos
Articles

Riccardo Guastini:
Proyecto para la voz "Ordenamiento jurídico" de un diccionario
Project for the Entry "Legal System" in a Dictionary 247

Luis Vega Reñón:
Entimemas
Enthymeme 283

Guillermo Lariguet:
Conflictos trágicos y Derecho. Posibles desafíos
Tragic Conflicts and the Law: Some Possible Challenges 317

Idowu W. William:
La doctrina de la revisión judicial y la obligación de obedecer al Derecho
The Doctrine of Judicial Review and the Obligation to Obey the Law 349

Minor E. Salas:
Vade Retro, Fortuna. O de la expulsión de "Satanás" –el Azar– del mundo de las Ciencias Sociales (Con especial énfasis en la "pseudo-ciencia" jurídica)
Vade Retro, Fortuna. Or the Expelling of "Satan" –Chance– from the World of Social Sciences (with Special Emphasis Given to "Legal Pseudo-Science") 377

Hernán Bouvier:
Reglas y razones subyacentes
Rules and Underlying Reasons 393

Notas
Notes

L. Ferrajoli:
Recuerdo de Letizia
In Memory of Letizia 427

Enrique P. Haba:
El asunto del fundamento para los Derechos Humanos: ¡Pseudoproblema! (o bien, cuestión de unas elucidaciones cuasiteológicas)
Justifying Human Rights: Pseudo-problem! (or A Matter of Quasi-theological Elucidation) 429

Isabel Trujillo:
El poder de la razón jurídica. Nota sobre el desarrollo de la hermenéutica jurídica italiana
The Power of Legal Reason. A Note on the Development of Italian Legal Hermeneutics 437

Entrevista
Interview

Manuel Atienza:
Entrevista a Riccardo Guastini
Interview to Riccardo Guastini 457

EL FUTURO DEL POSITIVISMO JURÍDICO*

* Esta sección reproduce los trabajos presentados en el International Seminar on Legal Theory sobre "The Future of Legal Positivism" celebrado en Alicante del 20 al 22 de mayo de 2004.

¿ESTÁ (PARTE DE) LA FILOSOFÍA DEL DERECHO BASADA EN UN ERROR?

Eugenio Bulygin
Universidad de Buenos Aires

RESUMEN. ¿Tiene el derecho valor moral? ¿Hay un deber moral de obedecer el derecho? Según el autor, estas preguntas caracterizan el problema de la normatividad del derecho –entendido como el de su valor moral- que, junto con el problema del concepto de derecho, conforman las cuestiones de las que tradicionalmente se ha ocupado la Filosofía del Derecho. Sostiene que plantearse estas preguntas –como filósofo del derecho- carece de sentido, por tratarse de seudo-problemas, ya que el interrogante por la obligación moral de obedecer el derecho debe ser enfrentada por la filosofía moral y no por la jurídica, por tratarse un problema de aquella y no de ésta disciplina. El autor distingue claramente entre un concepto de validez moral y otro concepto de validez jurídica (aplicabilidad), concluyendo que las normas jurídicas tienen sólo validez jurídica, no moral. Afirma que la teoría del derecho carece de respuesta para el problema de la aplicabilidad del derecho, y sólo responde al de su identificación, porque los deberes jurídicos no son razones concluyentes para la acción, a diferencia de los morales.

ABSTRACT. Does law have moral value? Is there a moral obligation to obey the law? According to the author, these questions characterize the problem of normativity of law –understood as that of its moral value– which, together with the problem posed by the concept of law, constitute the questions which philosophy of law has traditionally dealt with. The author holds that raising these questions –as a legal philosopher– makes no sense as they are pseudo-problems, because the question respecting the moral obligation to obey the law must be answered by moral philosophy, rather than by legal philosophy as it is a problem which lies within the sphere of the former discipline and not the latter. The author makes a clear distinction between the concept of moral validity and another concept of legal validity (applicability), and comes to the conclusion that legal norms possess only legal, not moral validity. He claims that theory of law lacks an answer to the problem of applicability of law, only answering that of its identification, because legal obligations, unlike moral obligations, do not constitute conclusive reasons for action.

DOXA, Cuadernos de Filosofía del Derrecho, 27 (2004) ISSN: 0214-8676 pp. 15-26

1. Dos problemas

Tradicionalmente la filosofía del derecho trata de responder a dos preguntas: 1) ¿Qué es el derecho? y 2) ¿Cómo explicar la normatividad del derecho? La primera pregunta se refiere al concepto de derecho y a su estructura, la segunda a la obligatoriedad o fuerza vinculante del derecho. (Últimamente se ha puesto de moda formular esta pregunta en términos de razones: ¿suministra el derecho razones para la acción?)

Respecto del primer problema las respuestas pueden ser clasificadas en dos grandes grupos: respuestas positivistas y antipositivistas. El positivismo jurídico sostiene que el derecho es un fenómeno social, un artefacto creado por el hombre, basado en hechos sociales complejos y fundado en ultima instancia en convenciones sociales. Una consecuencia directa de esta posición es una clara separación entre el derecho que es y el derecho que debe ser (Bentham, Austin), entre descripción y valoración (Kelsen), entre derecho y moral (Hart, Raz). Esta es la famosa tesis de separación (*Trennungsthese,* como se la llama en la literatura alemana) que consiste en sostener que no hay una conexión necesaria (conceptual o lógica) entre derecho y moral y que es considerada habitualmente (y con razón) una característica definitoria del positivismo jurídico.

Las respuestas antipositivistas a la primera pregunta pueden ser calificadas (en un sentido amplio) como jusnaturalistas. Las teorías jusnaturalistas sostienen que la referencia a hechos sociales en los que se origina el derecho no agota el concepto de derecho, que contiene, además, otro aspecto relacionado a valores morales y muy especialmente al valor justicia. Así, por ejemplo, Alexy habla de una *dimensión ideal* del derecho, consistente en su pretensión de corrección moral; Nino considera que el derecho es parte de la moral; otros autores como Dworkin o Garzón Valdés, sostienen que la moral necesariamente forma parte del derecho. El llamado *positivismo inclusivo* considera que la moral es no necesaria, sino contingentemente parte del derecho, al menos en las democracias constitucionales modernas.

Respecto del segundo problema, la normatividad del derecho, se ha acusado a los positivistas a menudo de no haber dado una respuesta satisfactoria a este problema. Esto es cierto, pero como trataré de argumentar en el presente trabajo, lejos de ser un defecto del positivismo jurídico, se trata de una consecuencia natural de esta posición. Considero que los intentos de muchos positivistas y de casi todos los antipositivistas de dar cuenta de la normatividad el derecho están basados en un malentendido. Mi tesis principal es que el problema de la normatividad del derecho, entendido como el de su valor moral, no es un problema jurídico, sino moral y que, por lo

tanto, su solución pertenece al campo de la filosofía moral y no al de la filosofía jurídica. La persistencia de los filósofos del derecho en formular esta pregunta y de tratar de responderla se debe a una falta de la comprensión del problema. Se trata de un típico seudo-problema que no requiere una solución, sino una disolución. Preguntas tales como "¿Tiene el derecho valor moral?" o "¿Hay un deber moral de obedecer el derecho?" o "¿Suministra el derecho razones morales para la acción?" no tienen respuestas en una teoría del derecho y, por lo tanto, carecen de sentido. Es como preguntarse si la televisión es moralmente buena o mala. Hay ciertamente muchos programas televisivos que son malos y moralmente condenables; muchos programas son moralmente indiferentes y a veces, aunque no muy a menudo, se puede encontrar programas moralmente recomendables, pero la televisión como tal no es ni buena ni mala y, por lo tanto, la pregunta acerca de su valor moral carece de sentido. Algo similar sucede con el derecho. Hay buenas y hay malas normas jurídicas; hay normas jurídicas que solucionan problemas sociales y contribuyen de esta manera a la paz y a la felicidad, pero también hay normas jurídicas malas e incluso perversas. Preguntas acerca del valor moral de una norma jurídica o de un conjunto de normas jurídicas o acerca de nuestro deber moral de obedecer tales normas son perfectamente significativas, pero no la pregunta acerca del valor moral del derecho en sí. Lamentablemente, los filósofos del derecho suelen formular esta última pregunta y no es demasiado sorprendente que sus respuestas sean poco satisfactorias.

Ciertamente, todo esto no es nuevo. En un importante artículo publicado hace ya bastantes años, Jules Coleman sostuvo que "el derecho no sólo no impone deberes morales, sino que es un error pensar que una teoría jurídica adecuada debe explicar la fuerza normativa del derecho. El derecho sólo tiene valor instrumental y su autoridad depende del hecho de que es una manera convencionalmente aceptada de producir consecuencias sociales deseables… Si hay un deber moral de hacer lo que el derecho ordena, el hecho de que esa conducta es requerida por el derecho no desempeña ningún papel en una teoría defendible que pretenda dar cuenta de ello." La conclusión de Colman es que "en vez de sentirse molestos sobre las implicaciones de la tesis de separación, los positivistas deberían festejar el hecho de que ellos no pueden dar cuenta de la obligatoriedad del derecho. La regla de reconocimiento no es más que una regla social y no proporciona ningún fundamento para la obligación."

Concuerdo totalmente con Coleman y sólo quisiera añadir que su afirmación es aplicable también a los antipositivistas: los filósofos del derecho deberían dejar de tratar de dar respuestas a preguntas que carecen de sentido.

2. Normatividad del derecho

Hay un sentido en que el derecho es obviamente normativo: el derecho consta de normas (aunque quizás no exclusivamente de normas) y las normas jurídicas, reglas o principios, son prescriptivas y no descriptivas. No describen lo que ocurre en la realidad, sino que prescriben qué debe, no debe o puede hacerse en ciertas circunstancias. Por lo tanto, no son verdaderas ni falsas, pero pueden ser consideradas como convenientes, justas, eficaces o no. Pero las normas jurídicas, cualquiera sea su origen: (legislación, costumbre, precedentes, etc.) y cual cualquiera sea su naturaleza (reglas, principios) pueden ser descriptas mediante *proposiciones normativas* que son verdaderas o falsas, según el caso. Esta distinción no siempre puede ser trazada con claridad, debido al bien conocido hecho de que a veces usamos las misma expresiones lingüísticas para formular tanto normas, como proposiciones normativas. Así, por ejemplo, "prohibido fumar" puede ser usada para formular una prohibición, es decir, una norma o para informar acerca de la existencia de tal prohibición, en cuyo caso expresa una proposición normativa.

Considero que la distinción entre normas y proposiciones normativas es muy importante para la teoría jurídica; una considerable cantidad de confusiones pueden surgir si no se hace esta distinción.[1] Cabe observar, dicho sea de paso, que las proposiciones normativas son descriptivas y no normativas en el sentido usual de este término; son normativas sólo en el sentido de que lo que ellas describen son normas o, más bien, la existencia de normas.

Ahora bien, este sentido de "normatividad" *no* es lo que los filósofos del derecho tienen in mente cuando quieren explicar la normatividad del derecho. Su tipo de normatividad tiene un fuerte sabor moral, especialmente en los autores alemanes y americanos.

En la filosofía jurídica alemana hay una fuerte tradición que asocia la validez jurídica con la validez moral. El término alemán "Geltung" tiene una clara connotación moral. Hasta Hans Kelsen, considerado generalmente como el positivista jurídico más importante del siglo XX fue duramente criticado por Alf Ross[2] por usar el término "validez" con una connotación moral.

---

[1] Véase., por ejemplo, el análisis de Rodríguez de la conocida "refutación" del positivismo jurídico emprendida por Dworkin en su conocido artículo "No Right Answer?" en Jorge L. Rodríguez, "La imagen actual de las lagunas en el derecho" en F. Atria et al., *Las lagunas del derecho,* en prensa, Marcial Pons, Madrid y el análisis del famoso dicho "Lo que no está prohibido, está permitido" en Carlos E. Alchourrón y Eugenio Bulygin, *Normative Systems*, Springer, Wien-New York, 1971, capítulo VII.

[2] Alf Ross, "Validity and the Conflict Between Legal Positivism and Natural Law", *Revisra Jurídica de Buenos Aires,* IV (1961), 46-93.

Como para Kelsen validez significa obligatoriedad,[3] Ross opina que Kelsen no es un verdadero positivista. Aunque Kelsen no apela al derecho natural, en la medida en que usa un concepto normativo de validez, es un "cuasi-positivista", pues la validez de una norma significa que su destinatario debe comportarse en la forma estipulada por la norma. "Pero la norma en sí misma, de acuerdo con su contenido inmediato, expresa lo que los individuos deben hacer. ¿Qué significa decir, entonces, que los individuos deben hacer lo que deben hacer? … La idea de un deber de obedecer el derecho (de cumplir las obligaciones jurídicas) solo tiene sentido si suponemos que el deber aludido es un verdadero deber moral que corresponde a la "fuerza obligatoria" inherente al derecho."[4] Por consiguiente, validez como obligatoriedad parece ser un concepto vacuo, a menos que se lo interprete como validez moral.

Esta tradición de vincular la validez de las normas jurídicas con la validez moral sobrevive en una forma aún más fuerte en la pretensión de corrección de Alexy. Hemos discutido varias veces con Alexy sobre este punto[5], de modo que creo poco conveniente reproducir aquí mis argumentos contra esta pretensión. Me limitaré a una observación adicional. Aún si admitiéramos que todo sistema jurídico y toda norma jurídica pretende siempre ser correcta o justa, este hecho por sí solo no garantizaría en modo alguno la corrección moral del derecho. Todos los sacerdotes pretenden que Dios existe (de lo contrario su actividad carecería de sentido), pero esta pretensión no prueba en absoluto la existencia de Dios. Hace falta una prueba independiente para sostener que Dios existe o que el derecho es moralmente correcto o justo.

3. Validez moral y validez jurídica

Concuerdo con Ross en que el concepto de validez como fuerza obligatoria, tal como la define Kelsen, es efectivamente incompatible con su programa positivista. Pero este concepto de validez puede ser reemplazado por un concepto diferente que también es normativo, pero perfectamente compatible con los ideales positivistas. La validez normativa puede ser interpretada no como un deber moral de obedecer el derecho, sino como un deber jurídico de aplicar las normas jurídicas. Usaré el término "aplica-

---

[3] "Dass eine sich auf das Verhalten eines Menschen beziehende Norm "gilt" bedeutet, dass sie verbindlich ist, dass sich der Mensch in der von der Norm bestimmten Weise verhalten soll." H. Kelsen, *Reine Rechtslehre*, 2. Auflage, Wien 1960, 196. Ver también *General Theory of Law and State* (1946), 115-116.

[4] Obra citada en la nota 2.

[5] R. Alexy–E. Bulygin, *La pretensión de corrección del derecho. La polémica sobre la relación entre derecho y moral,* Universidad Externado de Colombia Bogotá 2001.

bilidad" para referirme a esta normatividad puramente jurídica.[6] Trataré de aclarar qué entiendo por "aplicabilidad" mediante el ejemplo que he usado en mi artículo de 1982.

El principio general respecto de la aplicación del derecho penal es el de la no retroactividad: el derecho penal no ha de aplicarse a delitos cometidos antes de la promulgación de la ley penal. Este es el conocido principio *nullum crimen* del derecho penal llamado liberal. De acuerdo a este principio el juez debe aplicar la ley penal que estaba vigente al tiempo de cometerse el delito, aun cuando esa ley haya sido derogada más tarde y ya no es vigente en el momento en que el juez. toma su decisión. Pero hay otros principios que limitan la aplicación del principio *nullum crimen*. Conforme al art. 2 del código penal argentino el juez debe siempre aplicar la norma más benigna: si en el intervalo entre la comisión del delito y la decisión del juez hubo una ley más benigna, es ésta ley la que debe ser aplicada, sin importar que haya sido derogada antes de la decisión del juez. Por lo tanto, el juez debe comparar todas las leyes que se refieren al acto delictivo desde el momento en que éste fue llevado a cabo hasta el momento de su decisión y aplicar la norma más benigna. Es importante tener presente que, por hipótesis, todas esas normas, con la única excepción de la última, ya no son vigentes, pues han sido derogadas. Por consiguiente, la popular idea de que el juez siempre debe aplicar el derecho vigente es insostenible, pues los jueces pueden estar–y frecuentemente están–obligados a aplicar normas derogadas.

Cabe llamar *norma o criterio de aplicabilidad* a la norma que regula la aplicabilidad de otras normas, tal como ocurre con el art. 2 del código penal. Normas de aplicabilidad establecen el deber del juez de aplicar ciertas normas a un caso dado y es importante subrayar que este deber no es un deber moral, sino un deber puramente jurídico. Por otra parte no es superfluo en el sentido de Ross, pues no coincide con las obligaciones establecidas por otras normas jurídicas.

Conforme a nuestra definición, una norma es aplicable cuando existe otra norma que prescribe el deber del juez de aplicarla a un determinado caso. Cabe distinguir entre la no-aplicabilidad y la inaplicabilidad de una norma.[7] Una norma no es aplicable cuando no existe una norma de aplicabilidad que prescriba aplicarla. Una norma es inaplicable cuando al juez le está prohibido (por otra norma) su aplicación.

---

[6] El concepto de aplicabilidad fue introducido por primera vez –hasta donde llega mi información– en mi artículo "Time and Validity" (1982) y luego desarrollado por Moreso y Navarro en "Applicability and Effectiveness of Legal Norms", *Law and Philosophy,* 16 (1996), 201-219.

[7] Cfr. P.E. Navarro, C. Orunesu, J.L. Rodríguez and G. Sucar, "Applicability of Legal Norms", *Canadian Journal of Law and Jurisprudence,* XVII (2004), 337-359.

Cabe enfatizar que el conjunto de las normas aplicables no siempre es un subconjunto de las normas válidas, es decir, normas que pertenecen al sistema jurídico en cuestión. Ya se ha señalado que normas derogadas pueden resultar aplicables y también son frecuentes los casos en que los jueces tienen la obligación de aplicar normas que no pertenecen a su sistema jurídico, por ejemplo, normas extranjeras. Tales casos son tan frecuentes que se ha desarrollado una rama especial de la ciencia jurídica, el derecho internacional privado, que se ocupa de estos problemas. Un juez italiano puede estar obligado a aplicar el derecho alemán, pero la aplicación de una norma alemana por un juez italiano no la convierte en derecho italiano.

La diferencia importante entre los conceptos de validez como obligatoriedad y de aplicabilidad consiste en que el concepto relativo de validez como obligatoriedad presupone el correspondiente concepto absoluto, mientras que el concepto relativo de aplicabilidad es autosuficiente. Esto ocurre porque en Kelsen la validez (obligatoriedad) es *relativa a la validez* (obligatoriedad) de otra norma: "La razón de la validez de una norma sólo puede ser la validez de otra norma".[8] La aplicabilidad, en cambio, es definida con relación a la *existencia* de una norma de aplicabilidad. Esta diferencia tiene consecuencias muy importantes, que ya han sido señaladas por G.H. von Wright[9], cuyas ideas sigo en este punto.

El concepto de validez (obligatoriedad) es para Kelsen análogo al de verdad. Pero el concepto relativo de verdad presupone el concepto absoluto. Decir que una proposición es verdadera con relación a otra proposición significa que si la segunda proposición es verdadera, también lo es la primera. La primera proposición "adquiere" su verdad de la segunda. Pero la verdad de la segunda proposición –si es relativa– depende de una tercera proposición y así sucesivamente. Esta secuencia es o bien infinita o circular (en cuyo caso la noción de verdad se torna ininteligible), o bien tiene que terminar en una proposición cuya verdad no es relativa a otra, sino absoluta. En este sentido la noción relativa de la verdad requiere o presupone la noción absoluta.

En forma similar, si la validez de una norma es definida como relativa a la validez de otra norma (como lo hace Kelsen), entonces la secuencia de normas válidas es, o bien infinita (o circular), o bien termina en una norma absolutamente válida. Como la secuencia de normas positivas no puede ser infinita, debe terminar –por razones lógicas– en una norma absolutamente válida. En este sentido, la noción relativa de validez (tal como es definida por Kelsen) requiere o presupone la validez absoluta. Pero la idea de una

---

[8] Reine Rechtslehre, 2 de. (1960), 196.

[9] *Norm and Action* (1963), 194-197.

norma absolutamente válida es ciertamente inaceptable para un positivista como Kelsen y es precisamente para evitar este dilema que Kelsen recurre a su norma básica. De esta manera, la validez de la constitución y, por lo tanto, de todo el orden jurídico se basa en un supuesto, es decir, una norma que Kelsen mismo alguna vez ha calificado de ficticia.

Sin embargo, como subraya von Wright, la analogía entre validez y verdad conduce a confusiones y es, por lo tanto, una mala analogía. El concepto de validez debería ser caracterizado como relativo a la existencia y no a la validez de otra norma. Es lo que ocurre con la noción de aplicabilidad.

Para explicar el concepto de validez jurídica no hay ninguna necesidad de apelar a una ficticia norma básica. Hart ha mostrado en forma convincente que la validez puede ser definida con relación a la existencia de una regla de reconocimiento, que es una norma positiva, pero no es ni válida, ni inválida. Del mismo modo, si la aplicabilidad es definida con relación a la existencia de una norma de aplicabilidad, que a su vez puede ser aplicable si existe otra norma que ordena aplicarla, pero como las normas de aplicabilidad son normas positivas, esta cadena no puede ser infinita y tiene que terminar necesariamente en una norma de aplicabilidad última. Por razones lógicas tiene que haber normas que no son ni aplicables ni inaplicables, éstas son las normas de aplicabilidad últimas, que permiten hablar de aplicabilidad o inaplicabilidad de las demás normas jurídicas. La pregunta por la aplicabilidad de las normas de aplicabilidad últimas simplemente carece de sentido.

La conclusión de este análisis es que las normas jurídicas (reglas, principios) tienen sólo validez jurídica, pero carecen en tanto normas jurídicas de validez moral. Una norma jurídica puede ser moralmente valiosa sólo en virtud de su contenido y no debido al hecho de que haya sido dictada por una autoridad jurídica o haya surgido de una costumbre o precedente judicial. Por consiguiente, las normas jurídicas se limitan a establecer deberes jurídicos. La cuestión de saber si hay además una obligación moral de obedecer una determinada norma jurídica o un conjunto de tales normas requiere un análisis moral y no puede ser contestada mediante el mero análisis de la estructura del derecho y de sus normas. Se trata de un problema moral y no jurídico y su solución pertenece al ámbito de la filosofía moral y trasciende la esfera de la teoría del derecho o de la filosofía jurídica. La pregunta acerca del valor moral del derecho, es decir, si el derecho como tal, por el mero hecho de serlo, es moralmente obligatorio no puede ser contestada por la teoría jurídica. Y es curioso que dos de los filósofos del derecho más destacados de la actualidad, Joseph Raz y Juan Carlos Bayón llegan a la misma

conclusión, a saber, que no hay obligación moral, ni siquiera prima facie, de obedecer el derecho.[10]

4. La identificación y la aplicación del derecho

Cabe distinguir entre dos problemas que muchos filósofos del derecho no distinguen claramente. *Un* problema es la identificación del derecho, esto es, la identificación de las normas que lo integran y, en consecuencia, de las obligaciones que impone a los sujetos jurídicos en general y a los jueces en particular. *Otro* problema es la aplicación del derecho por los jueces y otras autoridades jurídicas. La figura del juez ocupa aquí la posición central, pues tiene que realizar las dos tareas: identificar el derecho y resolver el caso sometido a él.

Ahora bien, creo que la teoría jurídica tiene una respuesta para el primer problema, pero no para el segundo. Es posible, en principio, establecer cuáles son las obligaciones y permisos establecidos por el derecho, lo cual implica que es posible identificar el conjunto de todas las proposiciones normativas verdaderas referentes al sistema jurídico en cuestión. Es especialmente importante determinar cuáles son los deberes del juez en un caso dado. Esta tarea no siempre lleva a un resultado plenamente satisfactorio, debido a tres tipos de dificultades que pueden presentarse,

El juez no sólo tiene el deber de decidir el caso, sino también de justificar su decisión mediante normas jurídicas generales. Esto significa que debe aplicar aquellas normas que son aplicables al caso que ha de decidir. En esta cuestión es de gran importancia la distinción entre casos genéricos y casos individuales.[11] Los jueces deciden casos individuales, pero las normas jurídicas regulan casos genéricos; por lo tanto, el juez tiene que–para justificar su decisión–subsumir su caso individual bajo un caso genérico determinado por una o varias normas generales. Aquí pueden presentarse dos situaciones que es necesario diferenciar: A) El derecho determina unívocamente qué debe hacer el juez y B) el derecho no determina unívocamente qué debe hacer el juez. Esto último puede ocurrir por tres razones: 1) el derecho no resuelve el caso genérico porque no hay ninguna norma que se refiera a ese caso (laguna normativa), 2) el derecho resuelve el casos genérico en forma inconsistente, mediante dos o más normas incompatibles (conflicto o contradicción normativa) y 3) aunque el caso genérico esté solucionado, no es posible subsumir el caso individual en ese caso genérico, debido a la va-

---

[10] J. Raz "The Obligation to Obey the Law" en *The Authority of Law,* Oxford, 1979, 233-249; J.C. Bayón, *La normatividad del derecho: deber jurídico y razones para la acción*, Madrid, 1991.

[11] Cfr. *Normative Systems,* cit. en la nota 1, ch.2.

guedad o textura abierta de los conceptos que caracterizan el caso genérico (laguna de reconocimiento).

En las tres situaciones el derecho no determina qué debe hacer el juez, quien –para poder resolver el caso individual– tiene que modificar el derecho. En el caso de una laguna normativa el juez tiene que agregar una nueva norma que solucione el caso genérico. Si hay un conflicto normativo, tiene que eliminar total o parcialmente (introduciendo una excepción) alguna de las normas incompatibles. Y en el caso de una laguna de reconocimiento, tiene que tomar una decisión, o bien de incluir el caso individual dudoso en el caso genérico determinado por la norma, o bien de excluirlo.

En las tres situaciones el juez tiene que modificar el derecho, lo cual implica que tiene poderes discrecionales para decidir el caso conforme a sus convicciones morales o políticas.

Si el derecho determina unívocamente qué debe hacer el juez (situación A), el juez sabe qué debe hacer *conforme al derecho*. Pero esto no es todavía el fin de la cuestión. El juez puede tener razones morales o prudenciales para no cumplir con su deber jurídico, es decir, para no aplicar la norma que conforme al derecho debe aplicar. Si lo hace por razones prudenciales o instrumentales (por ejemplo, porque teme que la aplicación de la norma que debe aplicar le puede acarrear perjuicios, si ha sido amenazado por los terroristas o presionado por el poder político, o bien porque se le ha ofrecido un soborno), comete un delito y se expone a la correspondiente sanción. Más interesante es el caso en que el juez se niega a aplicar la norma jurídica por razones morales. Esto ocurre cuando la solución dada por el derecho le parece injusta o gravemente inconveniente. Se trata aquí de una discrepancia valorativa. Cuando esta discrepancia se debe a que el legislador no ha tomado en cuenta una característica del caso que el juez considera relevante, decimos que se trata de una *laguna axiológica.*[12] Pero la discrepancia valorativa entre el juez y las normas jurídicas aplicables puede ser más frontal.

A diferencia de las tres primeras situaciones, aquí el caso está resuelto unívocamente por el derecho: el juez sabe qué debe hacer conforme al derecho, pero en virtud de sus convicciones morales se resiste a aplicar las normas jurídicas.

En todas estas situaciones cabe, pues, distinguir entre el problema de la identificación del derecho, que es un problema jurídico y la resolución del caso sometido al juez, que frecuentemente involucra problemas morales.

La situación del juez se torna particularmente dramática en el caso en que se produce una colisión frontal entre los deberes jurídicos del juez y lo

[12] Ver *Normative Systems* y Jorge L. Rodríguez, *cit*.

que él considera su deber moral. Este tipo de conflictos son lo que Atienza llama *casos trágicos.*[13]

La situación es clara: el juez tiene la obligación jurídica de aplicar la norma jurídica pertinente. Pero al mismo tiempo él cree que su deber moral es no aplicarla. En esta situación, haga lo que haga el juez, siempre violará alguno de sus deberes.

Algunos autores parecen creer que en un orden jurídico democrático tales situaciones no pueden producirse porque un legislador democrático no puede dictar normas moralmente inicuas. Pero, como señala Atienza, este optimismo no está en modo alguno garantizado. El escándalo reciente provocado por el uso de torturas contra los prisioneros de guerra en Irak y Guantánamo es suficientemente ilustrativo de tal posibilidad. Algunos autores como Alexy recurren a la famosa fórmula de Radbruch: una ley muy injusta no es derecho. Pero negarse a llamar "derecho" una disposición jurídica no soluciona el problema. A fin de ilustrar las distintas posibilidades se puede imaginar el siguiente caso.

Un oficial da la orden a tres soldados, A, B y C, de torturar a un prisionero.

El soldado A ha leído a Bergbohm o a algún otro positivista del siglo XIX y en consecuencia razona de este modo: La orden dada por el oficial es válida, pues el oficial tiene la competencia para dictarla. Las órdenes jurídicamente válidas deben ser obedecidas. Por lo tanto, debo torturar al prisionero.

El soldado B es un positivista jurídico en mi sentido. Por consiguiente, su razonamiento es el siguiente: La orden del oficial es jurídicamente válida, pero moralmente repugnante. Como no hay obligación moral de obedecer las normas jurídicas, no voy a cumplir esta orden por razones morales, aun cuando corra el riesgo de ser castigado por desobediencia.

El soldado C es un seguidor de Radbruch, cuya fórmula conoce de memoria. En consecuencia, razona así: La orden dada por el oficial es moralmente repugnante, por lo tanto no forma parte del derecho. No siendo una norma jurídica, puedo desobedecerla.

Ambos soldados, A y B, corren el riesgo de ser castigados por desobediencia, pero mientras que el soldado B puede aducir que desobedeció la orden por razones morales (la orden aunque jurídicamente válida era moralmente inicua), el soldado C sólo invoca razones semánticas: la orden no es derecho. Desde el punto de vista moral su posición es ciertamente mucho menos ventajosa que la de B. Desde el punto de vista teórico, no veo venta-

---

[13] M. Atienza, "Los límites de la interpretación constitucional. De nuevo sobre los casos trágicos", *Isonomía* 6 (1997), 7-30.

jas en negar que el derecho malo sea derecho, del mismo modo como no veo ventajas en sostener que un mal profesor no es profesor. La consecuencia de una decisión semántica tal es la imposibilidad de criticar a un profesor por ser malo o una norma jurídica por ser injusta.

5. Conclusiones

Este artículo es una especie de defensa del positivismo jurídico, o mejor dicho, de un cierto tipo de positivismo jurídico. Se basa en la idea de que las obligaciones jurídicas deben ser claramente distinguidas de las obligaciones morales. La existencia de un deber jurídico de llevar a cabo una cierta acción, no implica que haya también una obligación moral de hacerlo. La teoría jurídica se ocupa de las obligaciones jurídicas, pero nada puede decir sobre nuestras obligaciones morales, ni siquiera sobre las obligaciones morales de un juez. Es él el que tiene que decidir cómo actuar en el caso de un conflicto entre sus deberes jurídicos y morales: conforme a sus deberes jurídicos (dejando de lado lo que él cree su deber moral) o conforme a lo que él cree es su deber moral (dejando de cumplir sus obligaciones jurídicas). Esto implica que las obligaciones jurídicas no son razones concluyentes para actuar. Sí lo son las obligaciones morales. Dejo abierta la cuestión acerca del criterio para la determinación de tales obligaciones. Como personalmente no creo en la existencia de valores objetivos (verdaderos), no creo que haya un criterio objetivo para determinar qué es lo moralmente debido. Pero si una persona cree que su deber moral es dejar de lado sus deberes jurídicos, debe actuar en consecuencia. Curiosamente algunos autores, en especial Kelsen, niegan la posibilidad de conflictos entre deberes jurídicos y morales. Este hecho señaliza el error en el cual está basada buena parte de la filosofía jurídica, error que he tratado de poner de manifiesto en este trabajo.

EL SENTIDO DEL POSITIVISMO JURÍDICO (II): EL POSITIVISMO JURÍDICO PRESCRIPTIVO COMO UN DERECHO HUMANO

Tom Campbell
Universidad Charles Sturt, Canberra

RESUMEN. Continúa aquí defendiéndose el iuspositivismo "prescriptivo" o "ético" ya esbozado en la primera parte de este artículo (*Doxa*, núm 25): entender el iuspositivismo como una teoría normativa (no conceptual ni descriptiva) sobre la *forma* del Derecho como gobierno de reglas claras y precisas empíricamente aplicables sin recurrir a opiniones morales. Ahora se muestra cómo lo anterior constituye un derecho humano vinculado a la democracia y a la igualdad: los derechos humanos incorporan la idea del imperio de la ley, pero de la ley positiva en ese sentido formal. En consecuencia, la tarea de articular los derechos humanos es de los gobiernos y los parlamentos, no de los tribunales ni de la Constitución, siendo el control judicial sustantivo sobre las leyes algo básicamente antidemocrático. Por último, la disputa conceptual entre el iuspositivismo incluyente y el excluyente debe reformularse como una disputa moral y política sobre qué órgano ha de determinar el contenido de las reglas y sobre si la regla de reconocimiento debe o no contener criterios morales.

ABSTRACT. "Prescriptive" or "ethical" legal positivism, which was outlined in the first part of this article (*Doxa*, No. 25), is now further argued for. Positivism should be regarded as a normative (rather than conceptual or descriptive) theory as to what a legal system ought to be like *formally*, namely, the governance of clear and specific rules that can be empirically applied or followed without recourse to moral contentions. Now it is argued how the latter amounts to a human right associated with democracy and equality: what is embedded in human rights is not just any rule of law but the rule of positive law in such formal sense. As a consequence, the responsibility for implementing human rights is a task for governments and legislatures, not courts nor the Constitution–substantive judicial review of legislation being fundamentally undemocratic. Finally, conceptual disputes between inclusive and exclusive legal positivists should be re-expressed as moral and political disputes about which body should determine the content of rules and about whether or not the rule of recognition *should* contain moral criteria within it.

DOXA, Cuadernos de Filosofía del Derecho, 27 (2004) ISSN: 0214-8676 pp. 27-44

Este trabajo desarrolla mi artículo "El sentido del positivismo jurídico"[1], en el que intenté esbozar y defender, tal vez sin mucha fortuna, una versión del positivismo jurídico denominada "positivismo ético"[2]. La tesis de aquel artículo es que la fuerza del positivismo jurídico, y las razones por las que ha sido aceptado o rechazado, tienen más que ver con el atractivo de sus (a menudo implícitas) prescripciones sobre cómo un sistema jurídico debería ser formalmente, que con su superioridad ya sea como un análisis moralmente neutral del concepto de Derecho o como una descripción correcta de cómo funcionan realmente los sistemas jurídicos. Dicho de otra manera, el sentido del positivismo jurídico es principalmente prescriptivo, más que conceptual, descriptivo o explicativo[3]. Sugiero, además, que lo persuasivo del análisis conceptual iuspositivista, excepto en el nivel más general y abstracto, recibe mucha de su fuerza de su motivación prescriptiva, y que su contribución descriptiva a menudo se refiere a la realizabilidad más que a la realidad de un sistema de Derecho que se ajuste a las prescripciones de los iuspositivistas.

He de decir que yo no intento sostener esta tesis como una postura en el terreno de la socio-psicología del pensamiento. Explorar qué sea en concreto lo que motiva a los iusfilósofos y lo que determina cómo son recibidas sus teorías por distintos auditorios no es mi tarea principal. Pero sí creo, sin embargo, que las posturas analíticas y descriptivas de Hobbes[4], Kant[5],

[1] Tom Campbell, "The Point of Legal Positivism", 9 *King's College Law Review*, 1999, 63-87, donde sostengo que "es esclarecedor y fructífero considerar el positivismo jurídico como una teoría normativa que trata de determinar qué debe ser el Derecho, no respecto de su contenido, sino respecto de su forma" ("El sentido del positivismo jurídico", 25 *Doxa*, 2002, 303-331, traducción de Ángeles Ródenas).

[2] Tom D. Campbell, *The Legal Theory of Ethical Positivism*, Aldershot: Dartmouth, 1996.

[3] Esta es una postura poco frecuente como para ser reconocida, y menos aún defendida, por los positivistas jurídicos contemporáneos. No obstante, véanse dos ensayos en Jules Coleman (ed.), *Hart's Postscript*, Oxford University Press, 2001: Liam Murphy, "The Political Question of the Concept of Law", y Jeremy Waldron, "Normative (or Ethical) Positivism". Es señalada por Ronald Dworkin, en Law's Empire (Fontana, 1984), pero casi universalmente rechazada por los positivistas jurídicos, quizás porque es vista como un cáliz envenenado, ya que Dworkin sostiene que el positivismo jurídico debe ser lo que él llama una teoría "interpretativa" del Derecho.

[4] Véase Mark C. Murphy, "Was Hobbes a Legal Positivist?", 105 *Ethics*,1995, 846-873.

[5] Jeremy Waldron, "Kant's Legal Positivism", 109 *Harvard Law Review*, 1996, 1535-1566.

Bentham[6], y quizás de Kelsen[7], Hart[8] y Raz, no sólo son aceptadas, sino que son más o menos aceptables, principalmente por su atractivo moral; y que en algunos casos están claramente motivadas por cómo sus autores conciben los beneficios de sistemas jurídicos que se ajusten a un modelo positivista. Aunque no todos los iuspositivistas lleven sus valores en la manga al modo de Jeremy Bentham, los esquemas que desarrollan y presentan, a menudo en el discurso en apariencia moralmente neutral de conceptos y descripciones, típicamente deben más de lo que ellos dicen a una visión del Derecho cargada de valor.

Sin embargo, mi propósito está más orientado al futuro que a la historia. En mi opinión, la contribución potencial que el positivismo jurídico puede hacer a los debates constitucionales y jurídicos actuales está siendo constantemente minusvalorada debido a su a menudo autoimpuesto disfraz de enfoque del Derecho moralmente neutral, enraizado en análisis conceptual objetivo (o sea, moralmente neutral) dirigido a captar o el concepto mismo de Derecho o el núcleo descriptivo de lo que es un sistema jurídico. Pero el positivismo jurídico siempre ha sido en parte, y puede llegar a serlo más completamente, un vehículo para la articulación de una particular concepción del Derecho como el gobierno mediante reglas, el cual, cuando se asocia con el ideal democrático de la igualdad política, proporciona un ingrediente crucial en los mejores modelos de gobierno que tenemos disponibles.

Es más: esta asociación –entre democracia y el gobierno de reglas– no es una alianza casual sino una estrecha interrelación. Por una diversidad de razones esbozadas en "El sentido del positivismo jurídico", la democracia *requiere* el gobierno de reglas. La democracia requiere el gobierno de reglas porque no hay otra manera en que la gente pueda realmente aproximarse a la determinación de las normas autoritativas de conducta, y por tanto a lo que ocurre en su sociedad. Por otro lado, muchos de los argumentos a favor del gobierno de reglas presuponen la existencia de democracia en alguna medida, al menos para contrarrestar la observación de Hart de que el gobierno mediante reglas es compatible con una enorme maldad[9]. Los argumentos a favor del gobierno de reglas, tales como el de las expectativas estables y el de la facilitación de la cooperación, presuponen que la fuente autoritativa de tales reglas es un proceso democrático. Juntando ambas tesis obtene-

---

[6] Véase Gerald J. Postema, "The Expositor, the Censor, and the Common Law", IX *Canadian Journal of Philosophy*, 1979, 643-670.

[7] Véase Stanley L. Paulson, "The Neo-Kantian Dimension of Kelsen's Pure Theory of Law", 12 *Oxford Journal of Legal Studies*, 1992, 312-332.

[8] Véase Liam Murphy, *supra*, nota 3.

[9] H.L.A. Hart, "Positivism and the Separation of Law and Morals", 71 *Harvard Law Review*, 1957/58, 593-629.

mos un modelo que podría llamarse "positivismo (jurídico) democrático", aunque esta etiqueta no muestra adecuadamente la tesis subyacente de que el iuspositivismo es operativamente dependiente de la implementación del iuspositivismo[10].

La etiqueta alternativa –"positivismo ético"– es, quizá, comunicativamente desafortunada, en la medida en que sugiere que se trata de una teoría sobre la ética más que una teoría ética del Derecho[11]. Pero tiene la ventaja de indicar de qué tipo son algunas de las valoraciones morales que forman parte integrante y esencial del positivismo jurídico prescriptivo. Se trata de valoraciones morales de sistemas institucionales complejos en los que los participantes humanos tienen roles definidos en términos de normas y fines que justifican la existencia de dichos roles. Cualquier teoría social y política que se ocupe de las ventajas y desventajas de tener sistemas autoritativos de conducta obligatoria es una empresa moral y empírica que, sin impropiedad lingüística, puede denominarse "ética". Pero hay un sentido más específico de "ético" que se refiere a ese aspecto del comportamiento moral relativo a la descripción y realización de la conducta de quienes tienen un conjunto específico de derechos y deberes a los que llamamos roles sociales. Roles de este tipo son un elemento esencial del Derecho en la medida en que el Derecho es, paradigmáticamente, un sistema institucionalizado de gobierno de reglas en el que podemos identificar las contribuciones distintivas de los creadores, los aplicadores, y los ciudadanos destinatarios de las reglas.

Al mostrar los méritos del positivismo jurídico como un tipo de sistema jurídico, en el particular enfoque prescriptivo que yo defiendo, es necesario especificar que es un deber de los creadores de Derecho legislar reglas claras y precisas que puedan ser aplicadas por los tribunales y obedecidas por los ciudadanos sin recurrir a opiniones morales u otras consideraciones especulativas; que es un deber de los aplicadores de reglas (término genérico para los jueces y tribunales) aplicar dichas reglas a circunstancias particulares sin la intromisión de sus propios intereses personales u opiniones morales; y que es un deber de los ciudadanos destinatarios de las reglas seguir dichas reglas en el mismo espíritu en que son o serían aplicadas por los órganos aplicadores incluso cuando estén en desacuerdo con su contenido. Desde esta perspectiva, el positivismo jurídico es una teoría ética del Derecho porque tiene ese impacto directo sobre la moralidad de rol de los jugadores en una

[10] Tom Campbell, "Legal Positivism and Deliberative Democracy", 51 *Current Legal Problems*, 1998, 65-92.

[11] Waldron prefiere "positivismo normativo"; pero esto lleva a su confusión con aquellas teorías positivistas –normativistas que enfatizan que ellas tratan de normas y no de hechos, sin ser en realidad moralmente prescriptivas.

comunidad política gobernada por el Derecho. Este es el modelo de gobierno mediante reglas que constituye el núcleo de la versión que yo defiendo del positivismo jurídico prescriptivo[12].

Hay una desventaja en la terminología de positivismo "ético" que deriva del aura algo débil de "ética" como un término que evoca, al menos en parte, un cierto sabor de los aspectos de la moralidad que son menos exigentes, menos imperativos, que tienen más que ver con las minucias de la conducta profesional que con los valores fundamentales de la vida social y política. "Ética" tiene el aire de una moralidad algo decadente. El positivismo jurídico padece esta asociación. La imagen peyorativa del positivismo jurídico lo presenta como que adolece de una concepción empobrecida de la ética jurídica, ensimismado con las sutilezas del Derecho: cuestiones técnicas de procedimiento y de dogmática jurídica de las que se ocupan juristas profesionales que ignoran la justicia o injusticia de lo que realmente está ocurriendo en los tribunales y en las comisarías de policía. El iusnaturalismo parece ofrecer un enfoque moralmente más robusto del Derecho, como la persecución de la corrección moral más que la pedantería del análisis jurídico. No es solo por razones de estilo literario por lo que Dworkin, por ejemplo, resulta más inmediatamente atractivo como iusfilósofo que, por ejemplo, Raz.

Esta percepción del positivismo jurídico como la base para una ética profesional provinciana es un desastre de relaciones públicas para el iuspositivismo que puede combatirse mediante la afirmación de la importancia moral fundamental del modelo positivista de Derecho como la base para una vida civilizada y democrática. El gobierno de reglas no es una retirada hacia la pedantería sino el fundamento necesario para una comunidad política que incorpore el ideal de igual consideración y respeto que los lectores de Dworkin han venido a asociar con una ética de la adjudicación que en realidad socava la igualdad política al requerir que los aplicadores de reglas sean creadores de reglas. Esta es la razón por la cual me propongo, en este artículo, presentar el positivismo jurídico prescriptivo en términos de derechos humanos, la retórica moral más poderosa que actualmente poseemos. Si el positivismo jurídico es un derecho humano, entonces es no sólo moralmente prescriptivo, sino moralmente importante.

---

[12] La concepción de "regla" implicada en este análisis incorpora nociones de específicas generalizaciones prescriptivas atrincheradas, que sirven para excluir otras consideraciones del proceso de decisión en cuestión. Véase Frederick Schauer, *Playing By the Rules*, Oxford University Press, 1991; Joseph Raz, *Practical Reason and Norms*, London: Hutchinson, 1975; Larry Alexander y Emily Sherwin, The *Rule of Rules*, Duke University Press, 2001.

Afirmar que el positivismo jurídico es un derecho humano reproduce la ambigüedad de "positivismo jurídico" como, por un lado, una teoría jurídica y, por el otro, un tipo de sistema jurídico. Es, por supuesto, a esto último a lo que me refiero cuando sugiero que debemos ver el positivismo jurídico como un derecho humano. La tesis aquí es que existe un derecho humano a vivir bajo un sistema jurídico de estilo positivista en el que las reglas gobiernen, una vez que hayan sido autorizadas mediante un proceso democrático. Con todo, afirmar que el positivismo jurídico, como un tipo de sistema jurídico, es un derecho humano, supone reiterar la tesis de que el positivismo jurídico, como un tipo de teoría jurídica, es una teoría ética/moral/prescriptiva, y reiterarlo de una forma poderosa y contundente.

Fundamentar la tesis de que el positivismo jurídico ha de verse como un derecho humano comporta una primera etapa más fácil y una segunda etapa más difícil. La primera y más fácil etapa demuestra cuán profundamente está incorporada la idea del imperio de la ley [*the rule of law*] en el discurso de los derechos humanos. La segunda y más difícil etapa intenta fundamentar que lo que los derechos humanos requieren no es simplemente cualquier imperio de la ley, sino el imperio de la ley positiva [*the rule of positive law*]. Esto último también es relativamente sencillo en la medida en que las razones por las que el imperio de la ley es inseparable de los derechos humanos son razones que también sirven para fundamentar que sólo el imperio de la ley positiva puede satisfacer las exigencias de los derechos humanos. Esto lleva a abordar a continuación las consecuencias de considerar al positivismo jurídico como un derecho humano (o un haz de derechos humanos). Aunque para algunos pueda parecer una paradoja, una de sus claras implicaciones es la de que la responsabilidad de articular e implementar los derechos humanos es primariamente una tarea de los gobiernos y de los parlamentos, no de los tribunales. Esto no puede sorprender, sin embargo, a quienes ven el control judicial sustantivo sobre la acción de los legislativos electos como algo básicamente antidemocrático.

Una vez sentado este punto de vista, el artículo concluye con algunos ejemplos de cómo algunas disputas conceptuales aparentemente irresolubles de la teoría del Derecho pueden reformularse de forma más comprensible como disputas morales y políticas acerca de qué tipo de sistema jurídico es preferible. Así, disputas conceptuales sobre si los legisladores y los tribunales "tienen que" pretender que sus acciones están moralmente justificadas se convierten en disputas normativas sobre qué órgano institucional tiene el derecho y/o el deber moral de determinar el contenido de las reglas vinculantes. Y el intratable desacuerdo conceptual entre positivistas incluyentes y excluyentes se convierte en una disputa moral y constitucional sobre si una jurisdicción debe o no debe tener una regla de reconocimiento para identifi-

car reglas vinculantes de primer orden y sobre si tal regla de reconocimiento debe o no contener criterios morales.

El imperio de la ley positiva como un derecho humano

Partiendo de que la teoría del positivismo jurídico es una recomendación razonada de que el gobierno se lleve a cabo mediante reglas de mandato firmes (no reglas abiertas) que sean suficientemente claras, específicas y empíricamente aplicables para servir como base eficaz para el control y la coordinación de la conducta, la hipótesis a explorar es la de que el estar sometido a una gobernación obligatoria es un derecho humano sólo si esa gobernación satisface esos estándares formales. Esta hipótesis puede someterse a prueba contrastándola con el contenido del Derecho positivo de los derechos humanos, bien en la forma del Derecho internacional de los derechos humanos o bien en la forma de las tablas de derechos de las constituciones nacionales. Ambos nos dan un fácil acceso a derechos ampliamente definidos a los derechos procesales y legales apropiados según los cuales la acción de gobierno ha de estar conforme con leyes promulgadas y con su determinación por tribunales imparciales. Las exigencias de "el derecho al juez natural", "el debido proceso" y "el imperio de la ley" son parte manifiesta del Derecho positivo de los derechos humanos.

Incluso si aceptamos –lo cual no es indiscutible– que el Derecho positivo de los derechos humanos es una guía adecuada para los derechos humanos moralmente concebidos, ello no nos conduce concluyentemente a la versión iuspositivista del imperio de la ley. De hecho, para algunos la plausibilidad de ver el imperio de la ley como un derecho humano bien pudiera derivarse de la aceptación de una concepción amplia del "imperio de la ley" que incorpore valores sustantivos además de formales, de modo que pueda considerarse que el imperio de la ley incluye, por ejemplo, la prohibición de "penas inhumanas o degradantes" y la protección del derecho de libertad de expresión. Esa versión sustantiva del imperio de la ley establece conceptualmente que el imperio de la ley es un derecho humano, pero no de un modo que reconozca el ideal positivista del imperio de la ley.

Si abandonamos las concepciones inflacionistas sustantivas del imperio de la ley y nos concentramos en estrictas versiones formales, quedan claras conexiones contingentes entre el imperio de la ley y otros derechos humanos. Así, el imperio de la ley en sentido formal puede verse como un derecho humano instrumentalmente, por la protección que proporciona contra la interferencia arbitraria en la libertad, propiedad y privacidad de todas las

personas[13]. Por otra parte, puede argumentarse que esa versión formal constituye un caso de valores o derechos humanos intrínsecos, en la medida en que supone una violación de la dignidad humana el hecho de ser sometido a una intervención coactiva en ausencia de reglas preexistentes cuya interpretación y aplicación pueda ser impugnada respecto de las circunstancias particulares que se invocan para legitimar dicha intervención[14].

Lo anterior parece relativamente indiscutible en relación con la responsabilidad penal y el derecho a un juicio justo, esferas en las que la existencia previa de reglas adecuadamente claras y precisas es universalmente reconocida como un derecho humano. Pero, ¿hasta qué punto fundamenta la existencia de un derecho humano *en general* a tener reglas específicas unívocamente claras y objetivamente aplicables? Esto suscita la cuestión más amplia de la función social generalizada de las reglas para promover la previsibilidad, confianza y justicia de las interacciones sociales de un modo que conduzca a la seguridad humana y a la beneficiosa cooperación a gran escala, y por tanto a los derechos humanos tanto civiles como económicos. Esto es lo bastante contingente como para dudar de que exista un derecho humano a estar protegido frente a toda coerción no arbitraria, pero permite construir un poderoso argumento a favor de un derecho humano al positivismo jurídico en relación con los intereses principales protegidos por los derechos humanos generalmente aceptados.

---

[13] El positivismo jurídico prescriptivo puede leerse en todos los artículos típicos de la Declaración Universal de los Derechos Humanos que utilizan el término "arbitrariamente", tales como el art. 9, "Nadie podrá ser sometido arbitrariamente a arresto, detención o exilio"; el art. 12, "Nadie podrá ser sometido a interferencias arbitrarias en su privacidad, familia, domicilio o correspondencia, ni a ataques a su honor y reputación"; el art. 15.2, "A nadie se le podrá privar arbitrariamente de su nacionalidad..."; o el art. 17.2, "A nadie se le podrá privar arbitrariamente de su propiedad". De modo similar, en el Pacto Internacional de Derechos Civiles y Políticos: art. 6, "Todo ser humano tiene el derecho intrínseco a la vida. El Derecho lo protegerá. Nadie podrá ser privado arbitrariamente de su vida"; art. 9, "Todos tienen derecho a la libertad y a la seguridad en su persona. Nadie podrá ser sometido a arresto o detención arbitraria"; art. 14.3, "En la determinación de cualquier acusación penal en contra, todos tienen derecho a... ser informados con prontitud y en detalle, y en un idioma que entiendan, del carácter y la causa de los cargos contra él". Cabe encontrar interpretaciones positivistas relevantes de tales disposiciones en el Tribunal Europeo de Derechos Humanos, como por ejemplo en *Kurt v. Turkey* (1998) 27 EHRR 373; *Amuur v. France* (1992) 22 EHRR 533: "cuando un ordenamiento jurídico nacional autorice la privación de libertad, ha de ser suficientemente comprensible y preciso, de modo que se evite todo riesgo de arbitrariedad"; y *Miloslavsky v. United Kingdom*, (1995) 20 EHRR 442.

[14] Lon L. Fuller, *The Morality of Law*, Yale University Press, 1969, aunque auspiciando lo que él denomina un modelo procedimental de Derecho Natural, puede tomarse como que está demostrando la violación de la dignidad implicada en la arbitrariedad, en el sentido de gobernación no gobernada por reglas.

También para demostrar la relevancia como derecho humano del gobierno mediante reglas, podemos acudir a lo que de muchas maneras constituye la base valorativa de los derechos humanos: la igualdad humana. Qué sea en concreto lo que significa la igual valía de los seres humanos será algo a discutir, pero en todo caso está claro que comporta prohibiciones de discriminación sobre la base de criterios moralmente irrelevantes y socialmente fracturadores como la raza, la religión, el género o la edad. Aunque esos objetivos de igualdad pudieran alcanzarse mediante una exigencia antidiscriminatoria general del tipo "igual protección del Derecho", eso sería claramente inferior en términos de eficacia en comparación con reglas más específicas que explícitamente prohibieran clasificaciones sospechosas empíricamente identificables.

Para completar este breve bosquejo de las muchas maneras en que el positivismo jurídico y los derechos humanos están conectados, se puede argumentar que los derechos democráticos fundamentales de autogobierno exigen que las opciones democráticas se tomen en términos relativamente precisos, o de lo contrario la noción de toma democrática de decisiones quedaría considerablemente vaciada. Esto incluye el requisito de que los gobiernos operen mediante la promulgación de reglas lo bastante precisas y claras como para que los votantes puedan determinar si aquellos están actuando o no según sus deseos. Para una genuina democracia los votantes tienen que poder elegir, aunque sea indirectamente, las reglas y no sólo a quienes las hacen.

Aunque resulte bastante sencillo ligar al imperio de la ley positiva con los derechos humanos, y perfectamente plausible sostener que los argumentos para ello son más interesantes (por ser menos tautológicos) y más persuasivos (por prometer resultados concretos) si es una versión iuspositivista del imperio de la ley lo que tenemos en mente, ¿qué sentido tiene sostenerlo? Mi intención aquí es ante todo defender en una forma extrema la tesis de que hay poderosos argumentos morales y políticos para adoptar el positivismo jurídico como parte esencial de cualquier sistema político aceptable.

Cabe pensar, sin embargo, que esta tesis del derecho humano deja rehenes en poder de los oponentes del positivismo jurídico prescriptivo. Los iuspositivistas conceptuales y los iusnaturalistas podrían unir sus fuerzas para argumentar que presentar al positivismo jurídico como un derecho humano nos compromete a proteger al imperio de la ley mediante mecanismos constitucionales. Más aún, podría argumentarse que un derecho constitucional al imperio de la ley positiva tiene que ser interpretado mediante una apreciación de las razones morales que lo hacen ser un derecho humano. En este caso, como en otros intentos de decir algo interesante en el discurso del po-

sitivismo jurídico, parecería haber desembocado en una autocontradicción, esta vez al dar un papel explícito a los derechos morales en el Derecho.

Puedo evitar esta derrota autoinfligida bien repudiando la constitucionalización de los derechos humanos como algo incompatible tanto con el iuspositivismo como con la democracia, o bien demostrando que, si tuviera que existir un derecho constitucional al positivismo jurídico, ese derecho podría formularse de un modo empíricamente aplicable que no requiera referirse a sus fundamentos morales, asegurando así sus credenciales positivistas. De hecho, el derecho a estar gobernado por reglas claras, específicas, prospectivas, y que sea posible seguirlas en la práctica, es un derecho tan claro, específico, prospectivo, y posible de seguir en la práctica, como la mayoría de las leyes que satisfacen sus criterios[15]. Dejando esto aparte, también sostendré que, en parte porque hay un derecho humano al positivismo jurídico, la manera moralmente aceptable de implementar los derechos humanos es mediante legislación de derechos humanos y no mediante tablas de derechos constitucionales judicialmente aplicables utilizadas para el control judicial de la legislación.

Tengo otro motivo filosófico más doméstico, sin embargo, y es el de insuflar un tipo de vida diferente en el debate académico contemporáneo dentro del positivismo jurídico, sugiriendo que muchos de los debates en apariencia puramente conceptuales que absorben a un pequeño pero significativo número de muy privilegiadas mentes son debates conceptualmente irresolubles, a veces carentes de sentido, y normalmente de escasa relevancia práctica. Sin embargo, muchos de estos abstractos y distanciados debates pueden reformularse como desacuerdos normativos acerca del tipo de sistemas jurídicos que son preferibles en una democracia moderna. De hecho, yo sugiero que la intensidad de estas disputas teóricas está en realidad alimentada por esos desacuerdos morales subyacentes y en amplia medida no expresados. Sacar esto al descubierto podría convertir lo que

[15] Para un ejemplo de cómo podría ser esa formulación, véase la disposición "constitucional" pero no atrincherada de la Ley de Estándares Legislativos de 1992 (Queensland, Australia), que establece ciertos "principios legislativos fundamentales" para asegurar que la legislación de Queensland sea "del más alto nivel", principios que han de ser promovidos a través de la Oficina del Consejo Parlamentario de Queensland. "Son los principios relativos a la legislación que subyacen a la democracia parlamentaria basada en el imperio de la ley"... que "la legislación tenga suficiente consideración hacia (a) los derechos y libertades de los individuos; y (b) la institución del Parlamento". Los ejemplos enumerados de tales principios incluyen evitar una indebida dependencia únicamente del poder administrativo, el derecho al juez natural predeterminado por la ley, el carácter delegado del poder administrativo, la carga de la prueba en los procesos penales, estrictas restricciones en las órdenes de entrada y registro, evitar la autoinculpación, excluir la retroactividad, y, de manera importante, que la legislación (artículo 3.4) "sea no ambigua y esté redactada de un modo suficientemente claro y preciso".

cada vez parece más un callejón sin salida intelectual en el terreno para un debate significativo.

Enfatizar la dimensión prescriptiva del positivismo jurídico, y de la filosofía jurídica en general, no significa negar la necesidad de cuidadosos análisis conceptuales. Todo lo contrario. La iusfilosofía analítica ha sacado a la luz muchas distinciones que son enormemente útiles, por ejemplo, para articular posturas normativas. Tampoco es negar la relevancia que posee la iusfilosofía analítica para proyectos empíricos y explicativos que nos ayuden a comprender mejor la naturaleza de los sistemas jurídicos. De hecho, los debates normativos implicados en la defensa del positivismo jurídico presuponen la realizabilidad empírica del gobierno de reglas. Los modelos normativos de Derecho tienen que mostrar que son practicables, y la causa moral a favor del gobierno de reglas incluye muchos argumentos consecuencialistas que son inseparables de la prueba empírica que presupone un aparato conceptual descriptivamente adecuado. Pero esas cuestiones empíricas se plantean en virtud de exigencias normativas, de modo que la importancia de aquellas no puede utilizarse para desplazar la relevancia de éstas.

El debate incluyente/excluyente

Los términos del debate incluyente/excluyente fueron establecidos por Dworkin en su crítica al "modelo de reglas" de Hart[16]. La tesis de Dworkin era inicialmente empírica, la de que los sistemas jurídicos reales incluyen principios morales. Esto lo desarrolló después en una postura más radical, la de que el carácter moral del proceso de interpretación jurídica es tal que no puede haber aplicaciones moralmente neutras de reglas. La respuesta final de Hart a esta crítica fue admitir que los sistemas jurídicos pueden incluir principios morales (postura entonces llamada iuspositivismo "blando" y ahora "incluyente") y negar que él jamás hubiera sostenido que una regla de reconocimiento no puede incluir criterios morales (postura entonces llamada iuspositivismo "duro" y ahora "excluyente")[17]. Esta admisión, en opinión de Hart, no socavaba su objetivo de entender los sistemas jurídicos modernos como una combinación de reglas de primer orden aplicables directamente a la conducta ordinaria y reglas de segundo orden relativas a la creación, cambio y aplicación de las reglas de primer orden. *The Concept of Law*, afirmó Hart, no estaba pensado para tratar del objetivo filosófico de Dworkin, que era la justificación del gobierno coactivo.

---

[16] R. Dworkin, *Taking Rights Seriously*, Duckworth, 1977. Terminologías alternativas son "incorporación" (Coleman) y "blando" (Hart) para el positivismo incluyente.

[17] H.L.A. Hart, "Postscript", en *The Concept of Law*, 2ª edición, 1994, editada por Penelope A. Bulloch y Joseph Raz.

Yo sostengo en otro lugar que Hart, sin renunciar a la consistencia con el tenor de la primera edición de *The Concept of Law*, y con la mayor parte del resto de su obra, no necesitaba adoptar esa línea de defensa[18]. Aunque difícilmente podía haber negado que algunas normas jurídicas en todos los sistemas jurídicos están expresadas en términos morales y no pueden entenderse ni aplicarse sin hacer juicios morales, podía haber argumentado que es mejor que un sistema jurídico mantenga ese tipo de normas en niveles mínimos. En otras palabras, Hart podía haber rechazado coherentemente el positivismo excluyente puramente descriptivo y adoptado cierta medida de positivismo excluyente prescriptivo, e incluso haber reconocido que eso ya estaba siendo así hasta cierto punto en *The Concept of Law*. Sin embargo, a pesar de la plétora de argumentos morales que subyacen a *The Concept of Law* (especialmente respecto de su explicación de los beneficios que para las sociedades complejas comporta el desarrollo de sistemas jurídicos maduros dotados de reglas de reconocimiento para permitir la determinación autoritativa de qué reglas de primer orden son obligatorias en ese sistema), su compromiso con la filosofía del lenguaje ordinario como modo de obtener comprensión social a través del análisis conceptual del discurso quizás le impidió reconocer su aceptación de la superioridad moral de un sistema jurídico que pueda resolver las disputas, facilitar la cooperación y guiar la conducta en sociedades a gran escala caracterizadas por desacuerdos morales, autoridades en competencia y conflictos sociales.

Hart no sostiene que la dicotomía duro/blando represente una disputa conceptual sobre el significado o concepto de Derecho, quizá porque su esfuerzo era proporcionar un modelo para comprender el Derecho que había de incluir a todos los sistemas jurídicos desarrollados. Claramente, él no quería encontrarse en la situación de tener que decir que los llamados sistemas jurídicos con, por ejemplo, tablas de derechos moralmente expresados, en realidad no son en absoluto sistemas jurídicos. No obstante, esta es la línea adoptada y defendida por Joseph Raz, que abandera el positivismo jurídico excluyente en términos esencialmente conceptuales, partiendo de su análisis del concepto de autoridad jurídica justificada[19].

En breve, el argumento de Raz es que la autoridad, en el sentido relevante para el Derecho, proporciona a la gente razones de segundo orden para cumplir las reglas de primer orden puestas por quien es considerada la autoridad. Esto requiere que los destinatarios tengan más razones para seguir la regla (de segundo orden) de sometimiento a la autoridad que para seguir sus propias razones para la acción consideradas todas las cosas. En

[18] Tom Campbell, "Legal Validity and Judicial Ethics", en prensa.

[19] Joseph Raz, "Authority, Law, and Morality", 68.3 *Monist*, 1985, 295-324.

otras palabras, las autoridades legítimas suministran buenas razones a aquellos sobre quienes pretenden tener autoridad para que estos subordinen su propio juicio sobre qué deben hacer y sigan en su lugar los dictados de la autoridad. Esto se relaciona con el hecho de que la función de una autoridad es sustraer ciertos asuntos del ámbito de decisión del individuo y proporcionar reglas que puedan seguirse sin que el individuo tenga que tomar su propia decisión sobre los temas implicados. Desde esta explicación de la autoridad, tiene que ser el caso que las reglas proporcionadas por la autoridad puedan entenderse y seguirse sin que ese individuo tenga que realizar los juicios morales para cuya sustitución precisamente están pensadas las reglas. Dicho de otra forma, la naturaleza de la autoridad jurídica es tal que las reglas jurídicas han de excluir criterios que requieran a los destinatarios embarcarse en el razonamiento moral para cuya sustitución están diseñados los pronunciamientos de la autoridad. De lo contrario, la autoridad no podría cumplir su función social. Negar esto sería mostrar que uno no entiende la naturaleza del Derecho.

Este análisis tiene claras resonancias de las razones utilitarias de Hart para celebrar la aparición de reglas de reconocimiento, ya que tales reglas tampoco pueden desempeñar su función de resolver autoritativamente qué ha de contar como Derecho si ellas estuvieran diseñadas de un modo tal que no proporcionaran una respuesta determinada. En esta medida, Hart y Raz comparten un compromiso con algo así como la "tesis de las fuentes", en el sentido de que todo Derecho tiene su origen en algún hecho social identificable, como por ejemplo la promulgación de una ley o la emisión de un decreto[20]. Ambas teorías están también formuladas en términos de la función del Derecho, pensando en las precondiciones para cumplir esas funciones ya sea mínimamente o satisfactoriamente. Pretenden que tales explicaciones generan "comprensión" de los fenómenos sociales implicados. Si podemos captar la contribución que una institución social presta a la satisfacción de necesidades humanas, podremos comprender por qué existe y persiste. De este modo, el análisis conceptual auxilia a la comprensión social.

La mayor clarificación que esta metodología pueda proporcionarnos es vulnerable, por un lado, a desafíos morales en el sentido de que las necesidades que la institución supuestamente funcional satisface, u otros de sus productos, son moralmente cuestionables; y, por otro lado, a la réplica empírica de que los fenómenos sociales que pretende explicar son en realidad distintos de los que la explicación funcional asume que son. Así, una crítica

[20] Joseph Raz, *The Authority of Law: Essays in Legal Philosophy*, Oxford University Press, 1979, p. 47: "Una ley tiene una fuente si su contenido y existencia puede determinarse sin usar un argumento moral".

moral contra este análisis de la autoridad podría ser la de que el positivismo jurídico excluyente inhibe la autonomía moral. La crítica empírica podría ser la de que sectores significativos de sistemas jurídicos modernos que parecen ser útiles están repletos de terminología moral.

Ambos tipos de crítica suscitan cuestiones importantes y en principio solubles, o al menos sobre las que se puede avanzar. Lo que no parece fructífero es mantener el debate incluyente/excluyente en un nivel puramente conceptual. El libre análisis conceptual en este punto puede proporcionar algunos requiebros útiles para otros discursos relacionados, pero llevado a cabo en abstracto se sumerge en las arenas de una miríada de construcciones sociales. Dado que no hay una metodología conceptual independiente que pueda determinar objetivamente el significado de un concepto, la iusfilosofía puramente conceptual es inevitablemente inconcluyente.

Así pues, no es difícil mostrar que el análisis de la autoridad propuesto por Raz, aunque lúcido y socialmente importante, no está universalmente compartido en cualquier cultura o en cualquier grupo social, incluyendo el de los juristas[21]. Los datos con los que Raz somete a prueba su análisis son los del discurso ordinario y jurídico real: lo que "nosotros" queremos decir cuando hablamos de "autoridad". El método con el que el debate avanza es el intercambio de "intuiciones" más que la investigación empírica. El análisis de Raz de la autoridad jurídica continúa realizando otras afirmaciones empíricamente controvertibles como si fueran cuestiones de necesidad conceptual. Por ejemplo, él sostiene que una autoridad jurídica tiene que pretender con sinceridad que los sometidos a su autoridad tienen buenas razones para aceptar esa autoridad. Más allá de esto, Raz sostiene que esta pretensión no puede hacerse a menos que el sistema autoritativo sea capaz de satisfacer dicha pretensión[22]. Estas implicaciones del análisis básico de la autoridad jurídica no pueden ser verdades empíricas, sean sociológicas o psicológicas, porque nunca pueden establecerse de modo universal y están abiertas a múltiples contraejemplos. Sin embargo, está claro que tampoco son verdades lógicas, aunque tienen cierta plausibilidad si nosotros (circularmente) presuponemos sinceridad por parte de las autoridades jurídicas. Ciertamente no se requieren para que una autoridad tenga éxito en su pretensión de obediencia[23]. Entonces, ¿por qué habríamos de comprarle a Raz este

[21] Así, Stephen Perry.

[22] Raz, "Authority, Law, and Morality", cit., p. 300: "todo sistema jurídico pretende tener autoridad legítima (o sea, justificada), y esto significa que un sistema jurídico tiene que ser capaz de tener autoridad legítima".

[23] Esto está bien desarrollado en Kenneth Einar Himma, "The Instantation Thesis and Raz's Critique of Inclusive Legal Positivism", 20 *Law and Philosophy*, 2001, pp. 61-79.

concepto de autoridad? En parte, sin duda, porque tiene su resonancia en el discurso occidental, pero también porque se puede argumentar que juega un papel social útil para promover la creación de y la lealtad a la idea de un sistema de reglas que pueda servir para mitigar el conflicto social y estimular y posibilitar la cooperación social. O sea, que la dimensión normativa vuelve a introducirse en lo que de otro modo sería una pieza de análisis del discurso más bien selectiva, por no decir arbitraria. Y si lo que está en juego es si sólo de este modo puede realmente existir una pretensión justificada de obediencia, entonces nos encontramos de lleno en el terreno prescriptivo.

Todo esto es en realidad bastante próximo a lo que Raz dice bastante explícitamente de vez en cuando, y encaja bien con su filosofía política general, en la que el fortalecimiento de la autonomía es el rasgo central y, lo cual resulta interesante, es uno de los objetivos que se pretende que es promovido por el positivismo jurídico prescriptivo. El misterio es por qué Raz no es más claro acerca de los ingredientes normativos de su análisis. Dado que varios conceptos de Derecho pueden pretender ser *el* concepto de Derecho, ¿por qué no hacer una selección sobre bases morales? La respuesta, quizás, es que él intenta proporcionar una comprensión del Derecho "que es". Sin embargo, un positivista jurídico prescriptivo sostendrá que los sistemas reales incorporan de hecho el modelo positivista hasta cierto punto, posibilitando un ámbito para desarrollar un análisis que ilumine lo real y al mismo tiempo que sirva de base para auspiciar la mejora de lo que ya existe.

El positivismo jurídico incluyente de tipo conceptual es capaz de la misma reformulación modal, de "tiene que ser" [*must be*] a "debería ser" [*should be*][24]. Aquí el análisis conceptual ofrecido es que hay al menos un sistema jurídico concebible en el que la regla de reconocimiento contiene al menos un criterio moral. Este análisis es suficiente para descartar cualquier conexión necesaria entre la moral y el Derecho, preservando así su estatus de teoría positivista[25], pero es compatible con todos los sistemas jurídicos reales que incluyen un número indefinido de criterios morales en su regla de reconocimiento operativa. Esta "tesis de la separabilidad" representa una versión muy débil y relativamente carente de interés del positivismo jurídico, aunque tiene su utilidad para preparar el camino a los estudios empíricos

---

[24] Véase W. Waluchow, *Inclusive Legal Positivism*, Oxford: Clarendon Press, 1994, cap. 8: "Morals and the Meaning of Laws", p. 232: "Intentaré apoyar la opinión de que nuestra práctica juridica debería ser de tal modo que el mismo significado o contenido de nuestros Derechos esté hasta cierto punto basado en consideraciones de moralidad política. Ya hemos visto por qué esto es una posibilidad conceptual y por qué es consistente con el positivismo jurídico".

[25] Coleman, p. 54: "La diferencia entre Derecho y moral es conceptual. Tiene que ver con los criterios de significado de los términos".

que examinan hasta qué punto los criterios morales están presentes en los sistemas jurídicos reales.

Aunque los casos extremos de positivismo jurídico altamente incluyente harían inoperativas a las reglas de reconocimiento, que proporcionarían una guía insuficiente sobre qué va a contar y qué no va a contar como Derecho, no cabe duda de que todos los sistemas jurídicos pueden funcionar con ciertas dosis de criterios morales sin perder toda funcionalidad o sin que por ello tengamos que excluirlos de la categoría de Derecho. La perplejidad aquí es por qué, en esta situación, la posibilidad lógica expresada en la tesis de la separabilidad es considerada como una posición relevante, dado que la tesis de que un sistema jurídico puede contener criterios morales en su regla de reconocimiento carece de interés y ciertamente no es nada tan drástico como la tesis de que no debe hacerlo. En el caso de Jules Coleman parece servir como base para emprender estudios científico-sociales del Derecho desprovistos de valoraciones, y es útil en ese contexto en la medida en que asegura un abanico mayor de datos que el que presentaría el positivismo jurídico excluyente.

Todo el discurso cobra evidentemente mayor alcance si el positivismo jurídico incluyente se ve como una teoría normativa que recomienda que las reglas de reconocimiento deberían de hecho incluir criterios morales para ciertos propósitos, como el del control judicial de la legislación. Este modo de positivismo jurídico incluyente podría, por ejemplo, convertirse en una forma de dworkinianismo que hace de la judicatura el principal agente para asegurar igual consideración y respeto para todos los ciudadanos, aunque el propio Dworkin quizás tenga que ser clasificado como un positivista jurídico incluyente conceptual y no simplemente prescriptivo, ya que él concibe la interpretación jurídica como una empresa necesariamente moral. Con todo, él ofrece un montón de razones moralmente normativas para adoptar su teoría del Derecho como integridad.

Coleman objetaría que el positivismo jurídico prescriptivo, sea incluyente o excluyente, no es positivismo jurídico en absoluto, sino una forma de iusnaturalismo, aunque una versión fulleriana en la que la moralidad del Derecho es procedimental y aspiracional. Su tesis aquí es que, si la regla de reconocimiento es una regla moral, eso reduce el positivismo jurídico a iusnaturalismo[26]. Él insiste, por tanto, en que las reglas de reconocimiento son reglas convencionales, aunque puedan tener contenido moral, siendo una simple cuestión de hecho el que lo tengan o no. Esto es un error. Como hemos visto, los juicios morales pueden auspiciar o el positivismo jurídico

[26] Coleman, "Negative and Positive Positivism", 11 *Journal of Legal Studies*, 1982, 139, p. 147: "La infusion de la moralidad en el concepto de Derecho".

excluyente o el incluyente. Más en general, ofrecer razones morales para adoptar una regla no significa que dicha regla sea ella misma una regla moral en el sentido de que sus términos incluyen conceptos morales. No hay por tanto una conexión necesaria entre ser un Derecho y tener un contenido moral, porque el juicio moral sobre cómo definir el Derecho podría haber ido en la dirección opuesta[27]. La única necesidad es que los sistemas jurídicos están sujetos a la crítica moral. Pero todo acto e institución humana está potencialmente sujeto a la crítica moral. Eso es una verdad moral general, no una afirmación sobre el Derecho en particular. Dar razones morales para adoptar una regla de reconocimiento, o una regla de reconocimiento de un tipo particular, no transforma a esa regla de reconocimiento en una regla moral, igual que una observación empírica de que las reglas de reconocimiento contienen criterios morales no transforma a esa observación en un juicio valorativo.

Algunos tendrán la sensación de que, si tomamos el camino del positivismo prescriptivo, estamos en realidad abandonando el debate sobre el concepto de Derecho y trasladando nuestra atención hacia concepciones del derecho en competencia. Después de todo, auspiciar el positivismo jurídico en cuanto que recomendación de un tipo particular de sistema jurídico es de hecho presuponer un concepto más amplio de sistema jurídico que incluye los que concuerdan y los que no concuerdan o con el modelo incluyente o con el excluyente. Acepto esto si se lee como que indica que todos los estudios, los empíricos y los normativos, tienen que arrancar de definiciones preliminares del tema bajo escrutinio. Es sin embargo un error tratar esos conceptos preliminares como intentos de definir la esencia de los fenómenos a estudiar y evaluar, y elevarlos a pretensiones sobre la naturaleza inherente del Derecho. Más aún, nada hay en principio en contra de recomendar conclusiones conceptuales basadas en fundamentos morales, siempre que esos conceptos no se usen luego (circularmente) para apoyar las razones morales a favor de adoptar dicho análisis de un término. De hecho es imperativo que las sociedades puedan alcanzar una cierta medida de acuerdo moral

---

[27] Esto está bastante bien expresado en una crítica a la presuposición de Robert Alexy de que si hay razones morales para rechazar el positivismo jurídico eso significa que existe una conexión necesaria entre Derecho y moral. Véase Danny Priel, "Alexy on the Connection between Law and Morality" (recensión no publicada del libro de Robert Alexy, *The Argument from Injustice: A Reply to Legal Positivism*, Oxford: Clarendon Press, 2002), pp. 22-23: "Por último, asumamos que Alexy ha logrado proporcionar respuestas convincentes a todas las preguntas que he suscitado sobre su argumento de la injusticia. ¿Significa esto que ha demostrado una conexión necesaria entre Derecho y moral? No estoy seguro, y he aquí por qué: si elegimos un concepto de Derecho no positivista, entonces eso significa que las cosas podían haber sido diferentes; después de todo, nadie nos ha forzado a escoger esta definición de Derecho, y si hubiésemos escogido otra, no habría habido una conexión necesaria entre Derecho y moral".

que puedan encapsular en los conceptos que utilizan, de modo que puedan proceder a debatir las opciones morales que aún tienen que tomarse. Esto no debería evitar la crítica del razonamiento moral que hay detrás de la opción conceptual.

Conclusión

El atractivo que para los filósofos tiene el análisis conceptual autónomo es algo evidente. Proporcionaría una esfera especializada para su pericia y la esperanza de un progreso intelectual que no corra el riesgo de caer en el subjetivismo del desacuerdo moral o de ser absorbido por el empirismo de las ciencias sociales. El análisis conceptual promete distinciones analíticas *a priori* como las de ese cimiento positivista que es la distinción entre "ser" y "deber ser". Sería maravilloso poder fundamentar que tenemos que aceptar un concepto de autoridad que nos exige abrazar el positivismo jurídico excluyente, una metodología que conlleva algo de la grandeza filosófica de una deducción trascendental. Lamentablemente, quizás, esta metodología no está disponible para nosotros. Los principales conceptos sociales son creaciones humanas sujetas al cambio y a la diversidad social. Lo que sí podemos hacer es adoptar y adaptar esos esquemas conceptuales que incrementan nuestra comprensión de los sistemas jurídicos reales, y nos permiten expresar ideales alcanzables moralmente justificables, como el de que existe un derecho humano a vivir en una sociedad en la que estemos sujetos al gobierno de reglas positivistamente buenas. Este es, como mínimo, un sentido del positivismo jurídico.

(Trad. de Juan A. Pérez Lledó)

EL POSITIVISMO JURÍDICO Y LA APLICACIÓN DEL DERECHO

José Juan Moreso
Universidad Pompeu Fabra, Barcelona

RESUMEN. En este artículo se trata el problema de cómo se refleja la tesis iuspositivista de la identificación del Derecho en la aplicación del Derecho. Como corolario de la tesis positivista de las fuentes del Derecho, la tesis de la identificación del Derecho (TID) afirma que "la determinación de lo que es el Derecho no depende de criterios o argumentos morales". Hay, al menos, tres formas de comprender la TID: el Derecho no *puede depender* de criterios morales (interpretación del positivismo jurídico exclusivo), el Derecho *no depende necesariamente* de criterios morales (interpretación del positivismo jurídico inclusivo) y, finalmente, el Derecho *no debe depender* de criterios morales (interpretación del positivismo ético o normativo). De estas tres posiciones se argumenta a favor de la segunda, puesto que la primera, el positivismo jurídico exclusivo, es inadecuado desde el punto de vista conceptual y la tercera, el positivismo ético, es inadecuado desde el punto de vista normativo

ABSTRACT. This article we deal with the problem of how the legal positivist thesis regarding the identification of law is reflected in the application of law. As a corollary of the positivist thesis regarding legal sources, the thesis of the identification of law (TIL) states that "the determination of what law is does not depend on moral criteria or moral arguments". There are at least three ways of understanding TIL: law *cannot depend* on moral criteria (interpretation by exclusive legal positivism), law *does not necessarily depend* on moral criteria (interpretation by inclusive legal positivism) and, finally, law *should not depend* on moral criteria (interpretation by ethical or normative positivism). Of the three positions it is the second which is argued for, since the first, exclusive legal positivism, is inappropriate if considered from a conceptual point of view, and the third, ethical positivism, is inappropriate from a normative point of view.

DOXA, Cuadernos de Filosofía del Derrecho, 27 (2004) ISSN: 0214-8676 pp. 45-62

I

Una de las cuestiones centrales del positivismo jurídico contemporáneo es la siguiente: ¿cómo se refleja la tesis iuspositivista de la identificación del derecho en la aplicación del derecho, es decir, cuáles son las consecuencias de comprender de un determinado modo aquello que el derecho es para la resolución de las controversias jurídicas por parte de los jueces y otros órganos jurídicos encargados de resolver las controversias?

La respuesta a esta pregunta depende del modo en el cual se caracterice la tesis de la identificación, que suele presentarse en alguna de las versiones de la llamada tesis de las fuentes sociales del derecho, de acuerdo con la cual la existencia y el contenido del derecho en una sociedad determinada dependen de un conjunto de hechos sociales, esto es, de un conjunto de acciones de los miembros de dicha sociedad. La existencia del derecho no es un fenómeno natural, semejante a la existencia de los planetas o las estrellas. Los planetas y las estrellas existen con independencia de las creencias y las actitudes de las personas. Que la tierra no es plana es una verdad independiente de lo que los seres humanos piensen acerca de ello. Sin embargo, la existencia de una *cola* para sacar la entrada para el teatro no es un fenómeno natural. Para ver una fila de personas como una cola, hace falta un conjunto de creencias y actitudes que soportan dicho fenómeno institucional: la aceptación de ciertas reglas constitutivas, definitorias de la cola, y la aceptación de ciertas prescripciones que atribuyen derechos y deberes a la posición que uno tiene en la cola (dicho rápidamente: que uno tiene el deber de aguardar a que obtengan la entrada los que le preceden en la cola, y el derecho de obtenerla antes que los que le suceden en la cola). La existencia de las colas es, por así decirlo, *practice-dependent*. Existe, en el sentido de Searle,[1] como un hecho institucional. Pues bien, aunque de una forma mucho más compleja, los ordenamientos jurídicos tienen una existencia también institucional, son semejantes a las colas y no a los planetas. Es por esta razón que parece una obviedad esta versión de la tesis de las fuentes sociales del derecho: la existencia y el contenido del derecho en una sociedad dependen de un conjunto de hechos sociales complejos.

De la tesis de las fuentes sociales se obtiene como corolario lo que, en este contexto, voy a denominar la tesis de la identificación del derecho (TID):[2]

---

[1] John Searle, *The Construction of Social Reality* (London: Penguin Books, 1995).

[2] Esta formulación se halla en David Dyzenhaus, "Positivism"s Stagnant Research Programme", *Oxford Journal of Legal Studies*, 20 (2000): 703-722, en p. 706.

La determinación de lo que es el derecho no depende de criterios o argumentos morales.

Hay, al menos, tres modos de comprender dicha tesis.[3] Según la primera versión, la expresión "no depende" en TID debe interpretarse como "no puede depender", es decir, es necesariamente el caso que la determinación del derecho no depende de criterios morales. Según la segunda versión, en TID "no depende" ha de leerse como "no necesita depender", esto es, no es necesariamente el caso que la determinación del derecho dependa de criterios morales. La tercera versión de la tesis exige leer en TID "no depende" como "no debe depender", de este modo TID tiene una lectura prescriptiva: recomienda una forma de identificar el derecho, una forma que presupone que el derecho puede ser de tal manera que sea posible identificarlo sin recurrir a la moralidad.

Las dos primeras versiones de TID responden a dos modos de interpretar la tesis de la separabilidad entre el derecho y la moral (una tesis central del positivismo jurídico). En palabras de J. Coleman:[4]

> The two most plausible and distinct interpretations of the Separability Thesis can be expressed in terms of the difference between what in modal logic is called internal and external negation. On the internal negation formulation, the Separability Thesis is the claim that in all legal systems it is necessarily the case that the legality of a norm not depend on its morality or its substantive merits. On the external negation formulation, the Separability Thesis is the claim that it is not necessarily the case that in any legal system the legality of a norm depend on its morality or its substantive merits".

Sea ◊: "posible", y: □ "necesario", y valga el predicado J por "jurídico" y M por "moral". Entonces la tesis de la conexión necesaria entre el derecho y la moral puede expresarse así:

$\forall x \Box (Jx \rightarrow Mx)$,

que, por la fórmula de Barcan,[5] es equivalente a

$\Box \forall x (Jx \rightarrow Mx)$,

y su negación interna:

$\Box \forall x (Jx \rightarrow \neg Mx)$,

que se corresponde con la primera versión de TID, según la cual nunca puede ser el caso de que la determinación de lo que el derecho es dependa de la moralidad. En cambio, la negación externa será:

---

[3] Los tres presentados y analizados por Matthew H. Kramer, "Dogmas and Distortions: Legal Positivism Defended. A Reply to David Dyzenhaus", *Oxford Journal of Legal Studies*, 21 (2001): 673-701, en pp. 679-680.

[4] Jules L. Coleman, "Second Thoughts and Other First Impressions" en Brian Bix (ed.), *Analyzing Law. New Essays in Legal Theory* (Oxford: Oxford University Press, 1998), p. 265.

[5] Vd., por ejemplo, G.E. Hughes, M.J. Cresswell, *A New Introduction to Modal Logic* (London: Routledge, 1996), p. 244.

$\neg\Box\forall x\ (Jx \rightarrow Mx)$.

Esta expresión, la de la negación externa, se corresponde con la segunda versión de TID y es compatible tanto con sistemas jurídicos que remiten a la moralidad, como con sistemas jurídicos que no remiten a ella.

La primera versión es sostenida por los defensores del llamado positivismo jurídico exclusivo,[6] mientras la segunda es sostenida por los defensores del positivismo jurídico inclusivo.[7]

La tercera versión de TID se corresponde con lo que se denomina como positivismo ético o normativo.[8] De esta versión puede decirse que, conceptualmente, acepta la segunda versión de TID, pero normativamente subscribe la primera versión.

II

Este trabajo pretende analizar, entonces, cuáles son las consecuencias de las tres versiones de TID para la aplicación del derecho y evaluar su plausibilidad explicativa y normativa, es decir, analizar qué rendimiento explicativo posee cada una de las versiones para nuestra concepción de la práctica de la aplicación del derecho y, sobre todo en el caso de la tercera versión, cuál sea su grado de adecuación normativa.

Pero antes de analizar estas cuestiones, tal vez vale la pena detenerse en analizar la posibilidad de que la respuesta a la cuestión de la identificación del derecho no determine la respuesta al problema de la aplicación del derecho, que ambas cuestiones puedan tener respuestas divergentes. Alguien puede sostener que el derecho ha de identificarse sin recurrir a la moralidad y, sin embargo, sostener que los jueces deben resolver las controversias de acuerdo con la moralidad, es decir, sostener que los jueces deben

---

[6] Principalmente Joseph Raz, *The Authority of Law,*(Oxford: Oxford University Press, 1979), cap. 3 y "Authority, Law, and Morality" in *Ethics in the Public Domain*, (Oxford: Oxford University Press, 1994), cap. 9. Pero véase también Scott J. Shapiro, "On Hart"s Way Out" en *Legal Theory*, 4 (1998), 469-508 y "The Difference That Rules Make" en Brian Bix (ed.), *Analyzing Law. New Essays in Legal Theory,* (supra n. 4), pp. 33-64.

[7] Vd. W.J. Waluchow, *Inclusive Legal Positivism* (Oxford: Oxford University Press, 1994) y Jules L. Coleman, *The Practice of Principle: In Defence of a Pragmatism Approach to Legal Theory* (Oxford: Oxford University Press, 2001) y mi propia posición en José Juan Moreso, "In Defense of Inclusive Legal Positivism" en Pierluigi Chiassoni (ed.), *The Legal Ought* (Torino: Giappichelli, 2001), 37-63.

[8] La primera versión articulada de dicha posición que conozco se encuentra en Uberto Scarpelli, *Cos"è il positivismo giuridico* (Milano: Edizione di Comunità, 1965). Más recientemente ha sido defendido, por ejemplo, por Tom D. Campbell, *The Legal Theory of Ethical Positivism* (Aldershot: Darmouth, 1996), Jeffrey Goldsworthy, *The Sovereignty of Parliament. History and Philosophy* (Oxford: Oxford University Press, 1999) y Jeremy Waldron, "Normative (or Ethical) Positivism" en Jules Coleman (ed.), *Hart's Postscript. Essays on the Postscript to the Concept of Law* (Oxford: Oxford University Press, 2001), cap. 12.

apartarse de lo prescrito por el derecho cuando esto entra en contradicción con sus deberes morales. David O. Brink, por ejemplo, ha sostenido que el iuspositivismo y el iusnaturalismo deben ser interpretadas como doctrinas compatibles.[9] Según Brink, el iusnaturalismo defiende dos tesis: por un lado defiende que la existencia del derecho depende de su adecuación a la moralidad y, por otra parte, sostiene que la corrección de las decisiones judiciales depende de que su contenido satisfaga criterios de corrección moral. El positivismo jurídico, por su parte, niega las dos tesis, es decir, sostiene en primer lugar que la existencia del derecho no depende de su adecuación a la moralidad y en segundo lugar que la corrección de las decisiones judiciales no depende de que su contenido satisfaga criterio alguno de corrección moral. No obstante, Brink añade que la primera tesis iuspositivista, la tesis de la identificación, es compatible con la segunda tesis iusnaturalista, porque esta segunda cuestión "concerns what judges have an all-things-considered obligation to do."[10]

Si la cuestión de la aplicación del derecho se plantea en los términos de qué deben hacer los jueces all-things-considered, entonces es obvio que, dado que se trata de una pregunta moral, la respuesta habrá de ser: tomar decisiones moralmente correctas. Dado que los jueces son agentes morales, cuando toman decisiones que afectan al bienestar de terceros (lo que ocurre virtualmente siempre en las decisiones judiciales) deben (un deber moral) fundarlas en normas morales. Sin embargo, no es esta la cuestión que nos preocupa acerca de la vinculación entre la tesis de la identificación del derecho y la tesis de la aplicación del derecho. Lo que nos preguntamos no es qué deben hacer los jueces moralmente, sino qué deben hacer los jueces conforme al derecho y que papel representa (o debe representar) la moral en las decisiones que los jueces toman conforme al derecho. En palabras de Raz:[11]

> From the fact that the question "how, all things considered, should the courts decide the case?" is a moral question it does not follow that the question "how, according to law, should cases be decided?" is a moral question.

III

Podría pensarse que la primera versión de TID:

---

[9] David O. Brink, "Legal Positivism and Natural Law Reconsidered", *The Monist*, 68 (1985): 364-387.

[10] *Ibídem*, p. 377. Esta parece ser también la posición de Torben Spaak, "Legal Positivism, Law's Normativity, and the Normative Force of Legal Justification", *Ratio Iuris*, 16 (2003). 469-485, p. 482.

[11] Joseph Raz, "On the Autonomy of Legal Reasoning" en *Ethics in the Public Domain*, (supra n. 6), cap. 13, p. 312.

> [TID1] La determinación de lo que es el derecho no puede depender de criterios o argumentos morales

requiere una concepción *formalista* de la aplicación del derecho. Según dicha concepción, el razonamiento jurídico usado en la aplicación del derecho es un razonamiento técnico que obedece sus propias reglas, el razonamiento jurídico es autónomo o insular, libre de cualquier referencia al razonamiento moral. Sin embargo, esta no es la vía seguida por los defensores del positivismo exclusivo. El mismo Raz dice lo siguiente de tal posición:[12]

> It is a hard doctrine to sustain. First, there is the question whether the resources of the law are sufficient to provide the resources necessary for the courts both to obey the law and to follow the formalist doctrine. Second, there is the difficulty of reconciling the doctrine with legal practice. Finally, there is the moral issue: is the formalist doctrine morally acceptable?

En realidad, Raz piensa que las doctrinas formalistas no pueden superar ninguna de estas tres dificultades: las fuentes no determinan todas las respuestas a las controversias, es un hecho de la práctica jurídica que la aplicación del derecho recurre, a menudo, a la argumentación moral,[13] y la doctrina formalista no es, para Raz, moralmente aceptable.

Según Raz, es el mismo derecho identificado según TID1 el que autoriza a los jueces a aplicar consideraciones extrajurídicas: "quite commonly courts have the discretion to modify legal rules, or to make exception to their application, and where they have such discretion they ought to resort to moral reasoning to decide whether to use and how."[14] Según Raz, por lo tanto, el derecho es identificado siempre de acuerdo con TID1, pero los jueces tienen discreción para modificarlo, de acuerdo con pautas morales, cuando deciden los casos. Por esta razón, Raz divide el razonamiento jurídico en razonamiento acerca del derecho (*reasoning about the law*) y razonamiento con arreglo al derecho (*reasoning according to law*): "The first is

---

[12] *Ibídem*, p. 314.

[13] Un argumento que se ha usado, a veces, contra la tesis de las fuentes sociales del derecho y que J.C. Bayón denomina "el argumento del contraste con la práctica": "Quienes usan este argumento presuponen en primer lugar que el núcleo del positivismo jurídico es la tesis de las fuentes sociales –según el cual la existencia y el contenido del derecho dependen exclusivamente de hechos sociales, de manera que su identificación es posible sin recurrir a argumentos morales– [nota omitida], afirmando acto seguido que nuestras prácticas jurídicas efectivas desmienten dicha tesis y que, por lo tanto, las pretensiones del positivismo jurídico deben ser revisadas si se quiere evitar su pérdida de contacto con la realidad." Juan Carlos Bayón, "Derecho, convencionalismo y controversia" en P.E. Navarro y M. C. Redondo (comp.), *La relevancia del derecho. Ensayos de filosofía jurídica, moral y política* (Barcelona: Gedisa, 2002), 57-92, en p. 57.

[14] Joseph Raz, "On the Autonomy of Legal Reasoning" (supra n. 11), p. 319.

governed by the sources thesis, the second I believe to be quite commonly straightforward moral reasoning".[15]

Esto es, el razonamiento con arreglo al derecho no es autónomo ni insular, sino –tal vez podría decirse– *peninsular*.

IV

La segunda versión de la tesis de la identificación del derecho afirma lo siguiente:

> [TID2] La determinación de lo que es el derecho no necesita depender de criterios o argumentos morales.

Por lo tanto, según dicha tesis es posible que la identificación del derecho dependa de argumentos morales, aunque también es posible que no sea así. Aunque esta cuestión suele vincularse con la de la posibilidad de que la propia regla de reconocimiento incluya razones morales entre los criterios de validez jurídica,[16] basta que tomemos ahora para nuestra discusión una tesis incorporacionista más débil: "the familiar sources of law –like statutes and constitutional provisions– may include moral concepts or considerations".[17]

Según dicha concepción, entonces, cuando las normas jurídicas incorporan conceptos o consideraciones morales, el derecho ha de identificarse mediante el uso de dichos conceptos y consideraciones. Y, por lo tanto, los jueces han de aplicar el derecho identificado mediante el recurso a la moralidad en los casos pertinentes.

Podemos, entonces, preguntarnos: ¿cuál es la diferencia para la aplicación del derecho entre la tesis raziana del razonamiento jurídico con arreglo al derecho y la tesis de la aplicación del positivismo inclusivo? Según ambas teorías, cuando el derecho remite a la moralidad los jueces deben decidir los casos mediante el razonamiento moral.[18]

---

[15] *Ibídem,* p. 316-317.

[16] Como Hart sostiene con claridad, en lo que denomina *soft positivism*, en H.L.A. Hart, "Postscript" to *The Concept of Law*, 2 ed. by P. Bulloch and J. Raz (Oxford: Oxford University Press, 1994).

[17] Brian Leiter: "Law and Objectivity" en J. Coleman, S. Shapiro (eds.), *The Oxford Handbook of Jurisprudence and Philosophy of Law*, (Oxford: Oxford University Press, 2002), 969-989, en p. 978.

[18] Por eso creo que lleva razón M.H. Kramer cuando afirma: "For Raz, adjudication consists in reasoning about the law as well as reasoning according to the law, and thus the Razian judges might decide cases in a manner indistingusihable or virtually indistingusihable from the Dworkinian judges. Though such a practical convergence is hardly inevitable, it is far from impossible." Matthew H. Kramer, "Dogmas and Distortions: Legal Positivism Defended. A Reply to David Dyzenhaus", (supra n. 3), p. 682.

Por esta razón, tal vez, algunas veces se ha sugerido que la controversia entre TID1 y TID2, o lo que es lo mismo, entre el positivismo jurídico exclusivo y el positivismo jurídico inclusivo, es una cuestión de palabras: de la definición de validez jurídica. En la teoría del derecho positivista, se distingue algunas veces entre dos sentidos de *validez*: validez como *pertenencia* y validez como *aplicabilidad*. Una norma es válida, en el sentido de que pertenece a un sistema jurídico S, si y sólo si es identificada como miembro de S por los criterios de la regla de reconocimiento de S. Una norma es válida, en el sentido de que es aplicable a un caso, si y sólo si existe otra norma, que es un miembro de S, que autoriza u obliga a los órganos de aplicación de S a aplicarla a ese caso.[19] En el contexto de discusión entre ambos tipos de positivismo, J.L. Coleman plantea así la cuestión:[20]

> A better strategy relies on the distinction Joseph Raz emphasizes between legal validity and bindingness on officials. All legally valid norms are binding on officials, but not every standard that is binding on judges is legally valid, in the sense of being part of the community's law. The laws of foreign jurisidictions, the norms of social clubs as well as other normative systems generally can be binding on officials in certain adjudicatory contexts, though they are not part of the "host" community's law. Judges may be authorized, even directed, by otherwise valid rules to appeal to such principles. They need not be part of a community's law in order for judges to be required to appeal to them in the context of a particular suit. Thus, it does not follow from the fact that judges may sometimes be bound by certain moral principles that those principles are themselves part of the law or are legally valid.

Es decir, según esta distinción, es posible que un estándar moral no sea parte del derecho y, sin embargo, sea obligatorio para los jueces decidir de acuerdo con él. En este sentido, un positivista exclusivo podría argüir señalando que la lectura restrictiva de la tesis de las fuentes sociales es la adecuada, aunque ello no impide que las pautas morales sean, algunas veces, obligatorias para los jueces.

---

[19] Puede verse la distinción en estos términos en Eugenio Bulygin: "Time and Validity", en A. A. Martino (ed.), *Deontic Logic, Computational Linguistics and Legal Information Systems*, (Amsterdam: North Holland, 1982), pp. 65-82, José Juan Moreso, Pablo Navarro, "Applicabilità ed Efficacia delle norme giuridiche" en Paolo Comanducci, Riccardo Guastini (eds.), *Struttura e Dinamica dei sistemi giuridici*, Torino: Giappichelli, 1996, 15-36 y José Juan Moreso, *Legal Indeterminacy and Constitutional Interpretation*, trad. de Ruth Zimmerling, (Dordrecht: Kluwer Academic Publishers, 1998), pp.105-115.

[20] Jules L. Coleman, "Incorporationism, Conventionalism, and the Practical Difference Thesis", *Legal Theory,* 4 (1998): 381-426, en pp. 404-405. El origen de la distinción en estos términos en Joseph Raz, *The Authority of Law* (supra n. 6), pp. 101-102, 119-120. Vd,. también W. J. Waluchow, *Inclusive Legal Positivism*, (supra n. 7), p. 157, Jules L. Coleman, "Second Thoughts and Other Personal Impressions", (supra nota 4) pp. 260-1, n. 19 y 263 n. 22; Scott J. Shapiro, "On Hart"s Way Out" (supra n.6), p.506 y Matthew Kramer, "How Moral Principles Can Enter into the Law" en *Legal Theory*, 6 (2000), pp. 103-107. Vd. también José Juan Moreso, "In Defense of Inclusive Legal Positivism" (supra n. 7), pp. 41-43.

Recientemente, C. Dahlman ha insistido en esta idea en los siguientes términos:[21]

> There is no conflict between the strong social thesis and the observation that the law sometimes instructs the judge to recognize a norm as a part of the law because of its moral content, since the strong social thesis only concerns epistemic recognition, and the observation that the law sometimes instructs the judge to resort to morality concerns adjudicative recognition.

Sin embargo, según como la TID1 sea presentada sí representa una diferencia en relación con los deberes de los jueces. En los casos estándar, los jueces tienen el deber jurídico de aplicar las normas que identifican mediante la tesis de las fuentes. Según TID1, que se deriva de la tesis fuerte de las fuentes sociales, cuando las normas jurídicas incorporan conceptos morales los jueces tienen discreción. Raz ha expresado esta posición claramente:[22]

> Let us assume, for example, that by law contracts are valid only if not immoral. Any particular contract can be judged to be prima facie valid if it conforms to the "value-neutral" conditions for the validity of contract laid down by law. The proposition "It is legally conclusive that this contract is valid" is neither true nor false until a court authoritatively determines its validity. This is a consequence of the fact that by the sources thesis courts have discretion when required to apply moral considerations.

Si TID1 implica que siempre que el derecho incorpora conceptos o consideraciones morales, entonces los jueces tienen discreción (como el anterior pasaje de Raz sostiene), entonces hay buenas razones para dudar de la plausibilidad de dicha tesis. Si A firma con B un contrato por el cual se obliga a asesinar a C antes de un mes, transcurrido el mes A no ha asesinado a C y B presenta una demanda contra A por incumplimiento contractual, ningún jurista diría que debemos esperar a la decisión del juez para saber si el contrato entre A y B es válido: el contrato entre A y B es nulo porque es inmoral, y los jueces no tienen discreción alguna en este caso. Del mismo modo, si una disposición constitucional prohíbe los castigos crueles y el legislador dicta una norma que establece, como en el Derecho Romano, la siguiente pena (*poena cullei*) para el parricidio: el condenado será introducido en un saco de piel con un gallo, un perro, una serpiente y un mono y arrojado a las aguas del mar. Podemos preguntarnos, ¿es esta pena cruel? Creo que todos reconoceríamos que se trata de un castigo cruel –también los

---

[21] Christian Dahlman, "Adjudicative and Epistemic Recognition" en *XXI World Congress. International Association for Legal Philosophy and Social Philosophy* (August 2003, Lund, Sweeden).

[22] Joseph Raz, *The Authority of Law* (supra n. 6), p. 75. Véase un lúcido análisis de esta tesis raziana en Timothy Endicott, "Raz on Gaps: The Surprising Part", *Ars Interpretandi. Journal of Legal Hermeneutics* 6 (2001): 349-371.

romanos que, precisamente por ello, consideraban que era la pena merecida para los parricidas– y que, por lo tanto, es inconstitucional. Aunque "cruel" es, sin duda, un término moral, "cruel" se aplica sin controversia ninguna a la *poena cullei*, no hay aquí espacio para la discreción. Esto no significa, como es obvio, que no quede lugar para la discrepancia en otros casos de aplicación del concepto de crueldad, la más importante la que guarda relación con la crueldad de la pena de muerte. Es decir, remisión a la moralidad no implica necesariamente discreción judicial.

Parece más razonable sostener, como hace TID2, que cuando el derecho incorpora conceptos morales, entonces es necesario usar dichos conceptos para identificar lo que es requerido por el derecho. De este modo, contrariamente a lo sostenido por Raz, el razonamiento jurídico en dichos casos no sólo es un razonamiento moral cuando es un razonamiento conforme al derecho, sino también cuando es un razonamiento acerca del derecho. Lo cual es compatible, como ha de resultar obvio, con el hecho de que en algunos casos marginales de aplicación de este tipo de conceptos, los jueces tengan discreción.

Como es sabido, las razones de Raz para rechazar la tesis incorporacionista guardan relación con su concepción de la autoridad.[23] Dicha concepción no será analizada aquí, aunque permítaseme decir que si la noción de autoridad que Raz atribuye al derecho tiene estas consecuencias tan implausibles, tal vez deberíamos proceder a revisarla.[24]

Tampoco puedo ocuparme aquí de otra cuestión relevante para la fortuna de TID2, del positivismo jurídico inclusivo: la de si dicha tesis presupone, para ser plausible, la tesis de la objetividad moral.[25]

---

[23] Joseph Raz, "Authority, Law, and Morality", (supra n. 6). Para la cuestión de la tensión entre la tesis raziana de las fuentes sociales y su tesis del razonamiento jurídico con arreglo al derecho en relación con su doctrina de la autoridad, vd. Vd. Fernando Atria, "Legal Reasoning and Legal Theory Revisited" en *Law and Philosophy*, 18 (1999), 537-577 y Juan Carlos Bayón, "Derecho, convencionalismo y controversia" (supra n. 13).

[24] Se trata de una sugerencia de R. Dworkin: "Raz thinks law cannot be authoritative unless those who accept it *never* use their own conviction to decide what it requires, even in this partial way. But why must law be blind authority rather than authoritative in the more relaxed way other conceptions assume?". Ronald Dworkin, *Law's Empire*, (Cambridge, Mass.: Harvard University Press, 1986). pp. 429-30, nota 3.

[25] Pero, puede verse, H.L.A. Hart, "Postscript" (supra n. 16), p. 254; Kenneth Einar Himma *"*Incorporationism and the Objectivity of Moral Norms" en *Legal Theory*, 5 (1999): 415-434, Matthew Kramer, *In Defense of Legal Positivism. Law without Trimmings*, (Oxford: Oxford University Press, 1999), pp. 152-161 y José Juan Moreso, "In Defense of Inclusive Legal Positivism", (supra n.7), pp.43-50.

V

La tercera versión de la tesis de la identificación del derecho sostiene lo siguiente:

> [TID3] La determinación de lo que es el derecho no debe depender de criterios o argumentos morales.

[TID3] presupone la verdad de [TID2], es decir, presupone que es posible que la determinación del contenido del derecho dependa de argumentos morales; sin embargo, considera que el núcleo del positivismo jurídico se halla en esta tesis normativa: el derecho ha de ser de tal manera que pueda identificarse aquello que prescribe sin recurrir a la moralidad. De tal modo, los jueces podrán aplicar el derecho de un modo cercano al formalismo puesto que podrán identificar los comportamientos prescritos por el derecho sin recurrir al razonamiento moral.

El positivismo jurídico así entendido obedece a una concepción político-moral acerca del derecho. U. Scarpelli lo decía ya hace casi cuarenta años:[26]

> È inerente al positivismo giuridico una scelta politica, ma la scelta politica è scelta del diritto positivo identificato attraverso le sue caratteristiche formali, è scelta di una scienza e di una pratica del diritto che, una volta accettato il diritto positivo, lo studino e lo applichino fedelmente prescindendo da ogni giudizio di valore sul suo contenuto...

La defensa del positivismo ético (o normativo) tal vez pueda ser resumida en un argumento como el siguiente:

1) Hay una inmensa discrepancia acerca de qué comportamientos son moralmente correctos.
2) Para respetar la autonomía moral de las personas, debemos gobernar el comportamiento humano mediante reglas claras y precisas que nos permitan determinar con certeza cuándo determinados comportamientos están jurídicamente prohibidos.

(1) y (2) implican

3) Si para identificar los comportamientos que están jurídicamente prohibidos se debe acudir al razonamiento moral, entonces habrá mucha discrepancia y, por lo tanto, la certeza será sacrificada y la autonomía personal vulnerada.

Por lo tanto,

4) El derecho debe ser identificado sin recurrir a la moralidad.

---

[26] Uberto Scarpelli, *Cos'è il positivismo giuridico* (supra n. 8), p. 133. Recientemente también Liborio Hierro ("¿Por qué ser postivista?", *Doxa* 25 (2002): 263-302, en p. 272 n. 6, con aprobación, sobre este aspecto del pensamiento de Scarpelli.

Es decir, hay razones normativas para condenar la incorporación de conceptos y consideraciones morales en el derecho y para recomendar normativamente TID1.

Estoy de acuerdo con los defensores del positivismo ético en que un argumento como el anterior está en el núcleo de algunas de las concepciones clásicas del positivismo jurídico y también en que, si bien las versiones contemporáneas del positivismo jurídico se presentan como un conjunto de tesis conceptuales, un argumento como el que he presentado subyace implícitamente a la mayoría de estas versiones.

La premisa 1) ha sido sostenida claramente por muchos de los representantes del positivismo ético. Tom Campbell, por ejemplo, ha escrito:[27] "Es correcto decir que muchos de los positivistas son conscientes de la diversidad de opiniones morales y de la naturaleza intratable de los desacuerdos morales". Algunas veces dicha tesis va acompañada de la asunción del escepticismo (como en los casos de H. Kelsen y A. Ross)[28] o, al menos, del relativismo en materia ética. U. Scarpelli lo pone en los siguientes términos:[29]

> Possiamo infine concludere che la scelta e le tecniche del positivismo giuridico trovano la loro fondazione più profonda e più salda in una filosofia morale relativistica, ma anche chi possieda una morale assoluta potrà condividere quella scelta e quelle tecniche purché, davanti al fatto della diversità delle morali, si ponga per rispetto degli altri o per timore il problema liberale e riconosca nel positivismo giuridico la scelta della libertà.

Como nos sugiere este pasaje de Scarpelli, no es preciso ser escéptico o relativista en materia moral para reconocer el hecho indiscutible del desacuerdo en moral. Aun si aceptamos un espacio para la objetividad moral, podemos reconocer que son tan amplias las dificultades epistémicas en el ámbito moral, que algunos desacuerdos son, tal vez, inerradicables.

La premisa 2), que insiste en la importancia de contar con leyes claras y precisas, está claramente asociada a dos preciados ideales del liberalismo político: en primer lugar, el ideal del Estado de derecho (*the rule of law*), de ser gobernados por leyes y no por hombres y, en segundo lugar, la sepa-

---

[27] Tom Campbell, "El sentido del positivismo jurídico", *Doxa* 25 (2002): 303-331, en p. 313.

[28] Hans Kelsen, *Reine Rechtslehre* (Wien: Franz Deuticke, 1960), pp. 60-71 y Alf Ross, *On Law and Justice* (London: Stevens & Sons, 1958), cap. XII.

[29] Uberto Scarpelli, *Cos'è il positivismo giuridico*, (supra n. 8). Por otra parte, la obra de Jeremy Waldron es en la actualidad la que más ha insistido en la significación de los desacuerdos morales para la teoría jurídica. Vd. Jeremy Waldron, *Law and Disagreement* (Oxford: Oxford University Press, 1999).

ración de poderes, con la insistencia en la distinción entre la creación del derecho y su aplicación. En palabras de Tom Campbell:[30]

> In an ideal Positivist world there would be no such thing as judicial legislation, although there would always be a legislative element in rendering general terms more precise in relation to the complexities of concrete situations. In the non-ideal world we actually inhabit judicial legislation may be the lesser of the two evils.

No deseo negar que las premisas 1) y 2) contienen una gran dosis de verdad. Sin embargo, deseo argüir que 1) y 2), rectamente entendidas, aunque implican una versión debilitada de 3), no permiten concluir que el derecho debe ser identificado sin recurrir a la moralidad.

Acerca de 1) sólo deseo recordar que, si bien la discrepancia en materias morales es muy amplia, no es absoluta. Cuando el derecho prohíbe los castigos crueles, prohíbe claramente la *poena cullei*. Cuando el derecho autoriza el uso justificado de la fuerza física en legítima defensa, permite repeler el ataque de un extraño que me ataca por la espalda con la intención de clavarme un cuchillo. Cuando el derecho considera nulo un contrato aceptado mediante coacción injusta, califica como inválido el contrato que alguien firmó bajo la amenaza de matar a su hija pequeña si no lo firmaba. No creo que nadie pueda argüir que cuando el derecho incorpora estos conceptos morales en las normas jurídicas, entonces los jueces tienen siempre discreción y estos casos quedan abandonados a la discreción judicial.

Esto conlleva reformular 1) del siguiente modo:

1") Hay un grado relevante de discrepancia acerca de qué comportamientos son moralmente correctos

La premisa 2) es, sin embargo, la que merece ser debatida más detenidamente.[31] Que la certeza es un ideal de la regulación jurídica es indiscutible. La certeza del derecho es valiosa, pero debemos determinar las razones que cuentan en favor de la certeza, con el fin de establecer si es de importancia suficiente para derrotar cualquier tipo de razón en su contra. Gran parte de las razones para conferir valor a la certeza del derecho se hallan vinculadas con el valor que otorgamos a la autonomía personal. Una de las dimensiones de la autonomía personal reside en la capacidad de elegir y ejecutar los planes de vida de uno mismo y sólo leyes claras, precisas y cognoscibles permiten a las

---

[30] Tom Campbell, *The Legal Theory of Ethical Positivism* (supra n. 8), p. 120. Vd. también la insistencia en la importancia de la certeza en Uberto Scarpelli, *Cos'è il positivismo giuridico* (supra n. 8), p. 145 y Jeffrey Goldsworthy, *The Sovereignty of Parliament* (supra nota 8), p. 271.

[31] Desarrollo aquí algunas ideas ya presentadas en José Juan Moreso, "Commanducci sobre (neo)constitucionalismo", *Isonomía* 19 (octubre 2003): 267-282, en pp. 274-275.

personas elegir y trazar sus planes de vida con garantías.[32] Ahora bien, ¿hay razones para llevar el ideal ilustrado de la certeza hasta el extremo? Pienso que no. Y pienso de este modo, porque considero que la autonomía personal exige también dejar abierta la posibilidad de que los destinatarios de las normas argumenten a favor de la justificación de su conducta, cuando *prima facie* las vulneran. Para ello, las normas jurídicas deben, en muchas ocasiones, dejar abierta la posibilidad de que sus destinatarios acudan a las razones subyacentes (que son de naturaleza moral) para explicar su comportamiento. Así operan, por ejemplo, las causas de justificación en derecho penal y, muy a menudo, los vicios del consentimiento en derecho privado.[33] Un derecho penal sin causas de justificación sería mucho más cierto, pero también mucho más injusto, vulneraría en mayor medida la autonomía personal. Es más conforme con la autonomía personal permitir la legítima defensa frente a las agresiones, aunque ello comporta entrar en un terreno menos cierto que el más claro de averiguar si alguien ha causado lesiones a otro, ahora debemos comprobar si el ejercicio de defensa era legítimo, esto es, si era proporcionado, si no medió provocación suficiente, etc. Un derecho privado sin vicios del consentimiento sería mucho más cierto, pero también mucho más injusto. Si los contratos no fueran nulos por error o por intimidación sería más claro (como en la *stipulatio* del derecho romano arcaico) cuando hemos contraído una obligación contractual, ahora hay que determinar, por ejemplo, la naturaleza del error, su relación con mi declaración de voluntad, etc. En resumen, para hacer honor a la autonomía personal, que es lo que otorga valor a la certeza del derecho, es preciso reservar un lugar para la argumentación moral, aunque ello sacrifique la certeza en alguna medida. En nuestro horizonte moral siempre existen valores en conflicto, como encajarlos sopesándolos es nuestra tarea como agentes morales. Por lo tanto, el hecho de que la incorporación de conceptos morales en el derecho disminuya, algunas veces, la certeza no ha de verse como algo necesariamente inadecuado, por el contrario, a menudo es el único modo de hacer de nuestro derecho un derecho más respetuoso con nuestra autonomía personal.

Es lo mismo que ocurre con las reglas que usamos en nuestra vida cotidiana. Si yo quiero disfrutar de una mañana de trabajo tranquilo, sin ser molestado, para –por ejemplo– terminar este paper, puedo ordenarle a mi secretaria: "No me pases, por favor, ninguna llamada de teléfono esta mañana". Esta es

---

[32] He desarrollado estas ideas previamente en José Juan Moreso, "Principio de legalidad y causas de justificación (sobre el alcance de la taxatividad)", *Doxa* 24 (2001): 532-535.

[33] La analogía entre causas de exclusión de la responsabilidad en derecho penal y vicios del consentimiento en derecho privado procede de H.L.A. Hart, "Legal Responsibility and Excuses" en H.L.A. Hart, *Punishment and Responsibility* (Oxford: Oxford University Press, 1968), 28-53.

una regla clara y precisa, ahora bien si la secretaria la sigue sin excepciones, entonces pueden producirse consecuencias indeseadas: no me pasa la llamada de mi mujer que quiere comunicarme que mi hija ha sido ingresada en el hospital, no me pasa la llamada de la Rectora de mi Universidad que quiere comunicar conmigo urgentemente, etc. Por esta razón, no deseamos secretarias que apliquen nuestras órdenes mecánicamente. Algunas veces, incluso, formulamos explícitamente el *defeater* que hace la regla inaplicable, decimos a nuestra secretaria: "No me pases, por favor, ninguna llamada de teléfono esta mañana, excepto si es muy importante". Esta segunda regla es menos cierta y precisa que la primera. Aunque algunos casos están claramente excluidos por la regla (la llamada de mi mujer, la llamada de la Rectora de la Universidad), otros casos plantearán dudas a la secretaria y deberá ejercer su juicio para aplicar la norma. Ahora bien, esta segunda regla respeta en mayor medida mi autonomía (dado que en este caso, la aplicación de la norma me afecta fundamentalmente), que la primera mecánicamente aplicada. Alguien podría argüir, todavía, que sería mejor una regla que incluyera claramente las excepciones. Sin embargo, esto no es posible: son tantas y tan diversas las circunstancias que aconsejan la inaplicación de la norma, que no podemos encerrarlas en una formulación canónica que no contenga conceptos valorativos.

Pues bien, mi sugerencia es que el derecho introduce conceptos morales de un modo análogo al del ejemplo de la secretaria y, con los mismos argumentos, de manera justificada. Los conceptos morales que el derecho incorpora funcionan, a menudo, como *defeaters*, permitiendo a los ciudadanos ciertos comportamientos (la legítima defensa) o prohibiendo determinadas regulaciones a las autoridades (el establecimiento de penas crueles). En mi opinión, aunque la certeza es en alguna medida sacrificada, nuestra autonomía moral es más respetada.[34]

Como F. Schauer ha argüido,[35] las reglas siempre padecen, en relación con su razón subyacente, de sobre e infrainclusión. Un modo de mantener parcialmente las ventajas de ser gobernadas por reglas y abordar el problema de la sobreinclusión y de la infrainclusión consiste en incorporar a las reglas

---

[34] Es obvio que la cultura del *constitucionalismo* ha incrementado el grado de incorporación de la moral al derecho (véase, por todos, para una valoración positiva de este hecho: Manuel Atienza, *El sentido del Derecho* (Barcelona: Ariel, 2001), pp. 112-114). No obstante, mi argumento aquí no trata de analizar la adecuación normativa del constitucionalismo, sino únicamente de mostrar que el incorporacionismo es un hecho del derecho de la modernidad y que este hecho está justificado normativamente. En este sentido vd. Francisco Laporta, *Entre el Derecho y la moral* (México: Fontamara, 1993), pp. 61-62. Desde este punto de vista, el constitucionalismo es únicamente un caso especial de la incorporación de la moralidad al derecho de la modernidad.

[35] Frederick Schauer, *Playing by the Rules* (Oxford: Oxford University Press, 1991), pp. 31-34

algunos *defeaters*, que permiten al aplicador de las reglas acudir a las razones subyacentes en algunos casos, con el objeto de no aplicar la regla a casos no abarcados por la razón subyacente. Es claro que la inclusión de dichos *defeaters* afecta a la *autonomía semántica* de las reglas y, por ende, disminuye la certeza. Pero esta disminución de la certeza se ve compensada por la posibilidad de justificar normativamente el uso de las reglas. Volvamos al ejemplo de la secretaria, si en lugar de añadir a la regla "No me pases ninguna llamada telefónica esta mañana" la cláusula "excepto que sea muy importante", tratáramos de especificar las circunstancias en las cuales la regla debe ceder, nos enredaríamos en un casuismo desaconsejable y volveríamos a caer en el riesgo de infrainclusión: habría circunstancias que no incluiríamos en el *defeater* y que, en cambio, no estarían cubiertas por la razón subyacente. Infrainclusión en el *defeater* equivale a sobreinclusión en la regla.

Algunas veces T. Campbell parece ser consciente de estos problemas:[36]

> There are problems in the inclusion of vague moral judgment-inviting terms like "just" and "reasonable" which encourage extensive judicial discretion. But while it may not be possible to exclude these altogether, they can ussually be interpreted as disguised references to accepted standards of conduct in the rules of society at the time, thus incorporating current practice into the law. But, in general, such legislation is undesirably vague and ambiguous in purpose and insufficiently restrcitive of judicial legislation. It represents an understandable but regrettable passing of the legislative burden from government to courts.

Dos comentarios sobre este pasaje de Campbell: en primer lugar, la vía de interpretación sugerida de *defeaters* valorativos como "just" o "reasonable",[37] no parece muy prometedora, porque en la mayoría de los casos interesantes los miembros de una sociedad aparecerían divididos al respecto (algunos de ellos estarían más bien perplejos) y, entonces, deberíamos interrogarnos sobre qué grado de consenso se precisa para saber si se ha instanciado o no un concepto valorativo. En segundo lugar, por las razones ya aducidas, la legislación que incorpora dichos conceptos valorativos como *defeaters* no me parece *undesirably vague and ambiguous*, sino que me parece necesaria y, por lo tanto, deseable, aunque introduzca algún grado de indeterminación en su aplicación.

Un debate reciente sobre el alcance del intuicionismo en filosofía moral puede sernos aquí de ayuda.[38] La cuestión es la siguiente: ¿es razonable

---

[36] Tom D. Campbell, *The Legal Theory of Ethical Positivism* (supra n. 8), p. 119.

[37] Que se halla también, por ejemplo, en Carlos E. Alchourrón, Eugenio Bulygin: ¿Los límites de la lógica y el razonamiento jurídico" en Carlos E. Alchourrón, Eugenio Bulygin, *Análisis lógico y Derecho*, (Madrid: Centro de Estudios Constitucionales, 1991), pp. 315-316.

[38] Sigo la presentación y las ideas de David McNaughton, Piers Rawling, "Unprincipled Ethics" en Brad Hooker, Margaret Little (eds.), *Moral Particularism* (Oxford: Oxford University Press, 2000), 256-275.

concebir la moral como un conjunto de principios generales aplicables a los casos particulares? Los generalistas responden afirmativamente y los particularistas negativamente. Algunos generalistas están dispuestos a contestar no sólo que debemos concebir la moral como un conjunto de principios generales, sino también que –dado que las propiedades morales supervienen sobre determinadas propiedades naturales– dichos principios pueden ser formulados señalando las propiedades naturales que hacen que un comportamiento sea correcto o incorrecto moralmente. El utilitarismo, que considera que la corrección moral superviene sobre la propiedad de incrementar el bienestar de los seres humanos (o de los seres vivos que tienen capacidad de sufrir), es un ejemplo de tal tipo de generalismo, con un solo principio moral. Los particularistas insisten en que no es posible señalar ninguna propiedad natural que mantenga invariable su contribución a la corrección de las acciones. Existe sin embargo, una tercera posibilidad, denominada por McNaughton y Rawling, *thick intuitionism*, con arreglo a la cual hay casos no triviales de principios morales generales que incorporan necesariamente propiedades morales *thick*. Podemos mantener el principio deontológico que obliga a cumplir las promesas y podemos conceder que la noción de cumplir las promesas puede analizarse en términos no morales. Pero este principio moral debe incorporar algunos *defeaters* (normalmente concebidos como condiciones implícitas): se deben cumplir las promesas, excepto que no estén dadas bajo coacción injusta y que no lleven a realizar algo inmoral.[39] Es relevante apreciar aquí que sólo podemos completar el principio añadiendo como *defeaters* conceptos evaluativos: "we have tried to show that there are some reasons for thinking that there might be plausible weak moral principles involving thick concepts, and none involving non-moral concepts".[40]

Pues bien, mi sugerencia es que lo mismo ocurre con el derecho: hay buenas razones para pensar que debemos regular el comportamiento humano en los casos relevantes (en el derecho penal, en el derecho de contratos, etc.) mediante reglas claras que incorporan, sin embargo, *defeaters* formulados en términos morales.

Si se aceptan estos argumentos, entonces, la premisa 2) debe ser cambiada por:

2") Para respetar la autonomía moral de las personas, debemos gobernar el comportamiento humano mediante reglas claras y precisas, que incorporan *defeaters* con contenido moral, que nos permitan determinar con un

[39] *Ibídem,* p. 269.

[40] *Ibídem,* p. 272.

grado de certeza razonable cuándo determinados comportamientos están jurídicamente prohibidos.

1") y 2") no implican 3) ("Si para identificar los comportamientos que están jurídicamente prohibidos se debe acudir al razonamiento moral, entonces habrá mucha discrepancia y, por lo tanto, la certeza será sacrificada y la autonomía moral vulnerada"), sino una versión debilitada de 3) como la siguiente:

3") Si para identificar los comportamientos que están jurídicamente prohibidos se debe acudir al razonamiento moral, entonces habrá algún grado de discrepancia y, por lo tanto, algún grado de certeza será sacrificado en aras del respeto a la autonomía moral.

Y lo que es más importante: 1"), 2") y 3") no permiten concluir de ningún modo:

4) El derecho debe ser identificado sin recurrir a la moralidad,

puesto que, y éste ha sido el núcleo de mi argumento, 2") supone ya el rechazo de 4).

VI

Las conclusiones de este trabajo son, entonces, las siguientes:

1) Desde el punto de vista conceptual es adecuado sostener la segunda versión de la tesis de la identificación del derecho, puesto que permite dar cuenta del indiscutible hecho de que los jueces acuden a la argumentación moral, a menudo, cuando resuelven los casos y, por otra parte, da cuenta de este hecho sin asumir la implausible conclusión, desarrollada como complemento de la asunción de la primera versión de la tesis, de que siempre que las normas jurídicas incorporan conceptos morales los jueces tienen discreción.
2) Desde el punto de vista normativo, aún reconociendo la importancia de la certeza en relación con el respeto de la autonomía moral de las personas, es esa misma autonomía moral la que exige que la certeza sea, en alguna medida, sacrificada para hacer lugar en la legislación a la presencia de *defeaters* morales que permitan una aplicación justificada de las reglas.

Por lo tanto, el positivismo jurídico exclusivo es inadecuado desde el punto de vista conceptual y el positivismo ético es inadecuado desde el punto de vista normativo.

POSITIVISMO BLANDO Y LA DISTINCIÓN ENTRE EL DERECHO Y LA MORAL

Tomasz Gizbert-Studnicki
Tomasz Pietrzykowski
Universidad de Cracovia

RESUMEN. En este ensayo se analizan algunas dificultades con las que se enfrenta el positivismo blando en su intento de dar cuenta de la función que desempeñan los estándares morales en el proceso de aplicación del Derecho. Hoy en día, el positivismo tradicional no es capaz de llevar a cabo la tarea de explicar adecuadamente cómo funciona el Derecho y, en particular, de ofrecer una explicación convincente de las relaciones entre el Derecho y la moral. Por otro lado, aunque las distintas versiones del positivismo blando se enfrenten con numerosos problemas, se trata de un acercamiento prometedor que vale la pena desarrollar y continuar. Sin embargo, hay también un enfoque aún más radical que el positivismo blando, basado en la fórmula Radbruch y propugnado por la teoría de Robert Alexy, en cuya base se sostiene que la referencia a estándares morales como parámetro de validez es una característica necesaria de los sistemas jurídicos

ABSTRACT. This paper analyzes some difficulties faced by soft positivism when it seeks to explain the functions carried out by moral standards in the process of the application of law. Nowadays, traditional positivism is unable to explain properly how law functions and, in particular, to offer a convincing explanation for the relationship between law and morality. On the other hand, despite the fact that different versions of soft positivism face numerous problems, it is still a promising approach which is worth developing and continuing. However, an approach also exists which is still more radical than soft positivism. This approach is based on Radbruch´s formula and is supported by Robert Alexy´s theory, whose basis holds that the reference to moral standards as a parameter of validity is a necessary characteristic of legal systems.

DOXA, Cuadernos de Filosofía del Derrecho, 27 (2004) ISSN: 0214-8676 pp. 63-79

1. Dos funciones de los estándares morales

Nos gustaría comenzar con una observación trivial acerca de la función que desempeñan los estándares morales en el proceso de aplicación del Derecho. En relación con este punto, es un lugar común que los estándares morales desempeñan, al menos, dos diferentes funciones en el proceso de aplicación del Derecho.

A. En primer lugar, las normas jurídicas se refieren frecuentemente a estándares morales que requieren ser aplicados por los jueces en sus decisiones. Conceptos como "abuso del Derecho", "Treu und Glauben"*, "principios de coexistencia social", "políticas públicas" (*public policy*), "justicia social", "buena fe", entre otros, están frecuentemente contenidos en las leyes. Cuando una norma jurídica contiene conceptos de este tipo, el juez, al decidir el caso, está obligado a tener en cuenta los estándares morales a los que se refieren dichos conceptos. El juez se enfrenta en estos casos con el problema de cómo identificar el contenido de esos estándares morales. La decisión judicial no puede extraerse simplemente del contenido de la ley, en la medida en que está basada en estándares morales a los que dichos conceptos (como los antes mencionados) se refieren. Ninguna decisión judicial puede llevarse a cabo sin aludir a dichos estándares. Por otro lado, los estándares extra-jurídicos a los que se refieren las normas no tienen que ser necesariamente de carácter moral. Con el propósito de ser breves, sin embargo, aquí discutiremos únicamente acerca de los estándares morales[1].

Parece que la diferencia fundamental entre la visión positivista y la no positivista acerca de la naturaleza de los conceptos anteriormente referidos puede ser resumida de la siguiente manera. Los positivistas creen que conceptos tales como "Treu und Glauben", "políticas públicas" o "principios de cooperación social" tienen una textura abierta. De ahí que el juez goce de una reconocida discrecionalidad al decidir los casos. En el ámbito de la discreción judicial, cualquier decisión adoptada a partir de dichos conceptos resulta acorde con el Derecho. En este ámbito, cualquier decisión del juez podría criticarse como injusta, indebida, etcétera, pero no como antijurídica (incluso si, en el marco de un proceso, un tribunal superior encontrara que se trata de una decisión ilegal debido a una aplicación equi-

* En alemán en el original: buena fe. N. del t.

[1] Respecto a la relación entre el Derecho y los estándares morales, vid., Z. Ziembinski, *Etyczne problemy prawoznawstwa* (*Ethical Problems of Jurisprudence*), Wroclaw-Warszawa-Kraków-Gdansk 1972, p. 154 ss.; J Wróblewski, *Oceny i normi moralne w wykladny prawa* (*Moral Values and Moral Norms in Legal Interpretation)*, Zeszyty Naukowe UL, Seria I, Nauki Humanistyczno-Spoleczne 1961. p. 22.

vocada de un principio moral, podría explicarse como un ejercicio de su propia discrecionalidad al decidir lo que sería una aplicación "correcta" de la norma en cuestión). Los estándares morales a los que se refieren dichos conceptos son extra-jurídicos. Por ello, en el ámbito de la decisión judicial no puede apelarse a un determinado estándar moral para demostrar que la decisión es antijurídica.[2]

Los no positivistas creen que el Derecho, al hacer referencia a estándares morales, efectivamente los está incorporando en él. Una decisión judicial que viole estos estándares no se considera únicamente como injusta, sino como antijurídica.[3] Al aplicar estos estándares, el Juez está aplicando el Derecho. Aunque los estándares morales puedan ser vagos o ambiguos, forman parte del Derecho. Este tipo de estándares se diferencian de las leyes porque no "aprueban" ningún test de pedigrí prescrito por la doctrina de las fuentes del Derecho en un determinado sistema jurídico. De esta manera, si alguien desea responder a la pregunta de cuál es el Derecho válido en un determinado país, no puede confiar exclusivamente en el test de pedigrí (y, en particular, en la regla de reconocimiento), en tanto dicho test no permite captar los estándares que los jueces están obligados a aplicar.[4]

Actualmente, parece que los conceptos de este tipo desempeñan un papel más importante en la aplicación del Derecho que antes. Tal y como nos parece, cabría distinguir, *sit venia verbum*, una función "local" y una función "global" de este tipo de conceptos. Respecto a la función "local" de estos conceptos, queremos hacer referencia a su utilización en ciertas instituciones jurídicas; por ejemplo, en la institución del contrato o en la institución de la responsabilidad por daños (*liability in torts*). Cuando se contesta a la preguntas "¿es un contrato válido?" o "¿es X responsable de su acción?, el juez debe, al menos en algunos casos, tener en cuenta estándares morales. Por ejemplo, el juez debe considerar si el contenido del contrato en cuestión incumple o no con "principios de cooperación social" o "*Treu und Glauben*" o el principio de *bona fide* (en su significado objetivo). Una situación similar ocurre en la determinación de responsabilidad por daños (*torts liability*); el juez debe considerar la pretensión del demandante a la

---

[2] Vid., H. L. A. Hart, *Positivism and the Separation of Law and Morals* en R. Dworkin (ed.) *The Philosophy of Law*, Oxford 1977, p. 22 y ss.; y J. Raz, *The Authority of Law*, Oxford, 1979.

[3] Vid., T. Gizbert-Studnicki, Zasady i reguly prawne (*Legal Principles and Legal Rules*), "Panstwo i Prawo" 1998, no. 4, p.25-26; R. Dreier, *Der Begriff des Rechts,* "Neue Juristische Wochenschrift" 1986, Heft 14, p. 815.

[4] Vid. R. Dworkin, *Is Law a System of Rules?* en Id. *The Philosophy of Law, op. cit.* p. 38 y ss.; J. Wróblewski, *Nieostrosc systemu prawa* (Fuzziness of Legal System), "Studia Prawno-Ekonomiczne", t. XXXI, 1983, p. 8 y ss.

luz de los principios morales predominantes (por ejemplo, para determinar si dicha pretensión no constituye un abuso del Derecho).

Decimos que se trata de una función "local" de los estándares morales porque su utilización es considerada en conexión con la aplicación de una institución jurídica determinada. En la mayoría de los sistemas jurídicos, las normas jurídicas que forman parte de instituciones como el Derecho contractual o la responsabilidad por daños, hacen una referencia explícita a estándares morales. Gran número de instituciones jurídicas pueden identificar estándares morales de distintas maneras (por mencionar algunos ejemplos del Derecho Polaco) "principios de cooperación social" en el Derecho contractual y en el Derecho por Daños, "indignidad del heredero" en el Derecho Sucesorio, etc.).

Con la mención a una función "global", queremos hacer referencia a la aplicación de estándares morales fuera del marco de una institución jurídica concreta. En particular, tenemos en mente la obligación de los jueces de considerar ciertos estándares morales básicos en los casos sometidos a su consideración. En primer lugar, tales estándares "globales" se encuentran en la Constitución. Generalmente, en todos los Estados constituidos en un Estado de Derecho (o *Rechtsstaatsprinzip*), la Constitución obliga directamente a los jueces. Esto significa que el juez (sin tener en cuenta si una institución jurídica hace referencia explícita a estándares morales) está obligado a considerar su decisión, en la perspectiva de ciertos estándares identificados por la propia Constitución. Por ejemplo, "justicia social" en la Constitución polaca, "justicia" en la Constitución española o "*Recht*" como opuesto a "*Gesetz*" en el Derecho alemán. Dejamos al margen los problemas procedimentales relacionados con esta consideración (por ejemplo, si el juez está autorizado a tomar una decisión en este sentido, o debe remitir el asunto al Tribunal Constitucional).

Con la intención de ser breves, nos referiremos a la función que cumplen los conceptos morales en la aplicación del Derecho como la "función de aplicabilidad" y distinguiremos una función "local" y una función "global" en la aplicación de los estándares morales. La naturaleza de la función de aplicabilidad consiste en la posibilidad de modificación de las decisiones judiciales. Los estándares morales justifican que se tome una decisión que se aparte de la literalidad de la norma que debe ser aplicada.

B. En segundo lugar, los estándares morales no solamente se utilizan al decidir casos particulares. Son utilizados también como criterio de valoración de la constitucionalidad de las leyes (conformidad de los actos del *Congreso* con la constitución) y, por tanto, como criterio de validez de las normas jurídicas. Desde un punto de vista conceptual, esta función parece

distinta de la función que desempeñan los estándares morales cuando se trata de decidir casos concretos. En lo que atañe a la aplicación de estándares morales al decidir un caso concreto, el juez puede formularse la siguiente pregunta: "¿el caso particular requiere apartarse de la regla general contenida en la ley?, o, en otras palabras, ¿la decisión obtenida por la aplicación de la regla general contenida en la ley debe ser modificada haciendo referencia a estándares morales? Al hacerlo (modificar la decisión prescrita por la ley), el juez no desafía la validez de la regla correspondiente. Dicha regla continúa siendo válida; sin embargo, debido a las circunstancias particulares del caso en cuestión, la decisión judicial debe ser modificada apoyándose en estándares morales (de lo contrario, debe negarse la aplicación de dicha regla al caso concreto). Esta observación se aplica, igualmente, a los estándares morales en su función local y global.

El efecto es distinto si los estándares morales se aplican en el contexto de evaluación de la constitucionalidad de las leyes. En este ámbito no se tienen en cuenta los casos concretos (aunque los magistrados constitucionales puedan tener en mente determinados tipos de casos). Los jueces consideran la constitucionalidad de las leyes *in abstracto*. Como consecuencia de su decisión, una determinada ley es declarada constitucional (y, por consiguiente, válida y obligatoria) o, por el contrario, es declarada inconstitucional (y, en consecuencia, inválida y no obligatoria). La regla jurídica considerada como inconstitucional debido a su inconsistencia con estándares morales deja de formar parte del Derecho (no solamente es modificada o deja de aplicarse a partir de determinados estándares morales). De esta manera, no es posible responder a la pregunta acerca de "¿cuáles son las normas de un Estado?" sin hacer referencia a dichos estándares morales.[5]

Nuevamente, tratando de ser breves, nos referiremos a esta función de los estándares morales como la "función de validez".

En nuestra opinión, los positivistas tienen un problema más serio con la función de validez que con la función de aplicabilidad. Como se explicó anteriormente, los positivistas sostienen que la referencia a conceptos morales en el proceso de aplicación del Derecho es compatible con la tesis de la separación, en tanto los conceptos morales no son utilizados para determinar la validez de las normas jurídicas a aplicar. Por tanto, la pregunta "cuál es el Derecho de un determinado país" (en tanto que "Derecho" sea entendido como un conjunto de normas generales más que como un conjunto de normas

[5] Para un análisis ejemplificador al respecto en el Derecho polaco, vid. T. Pietrzykowski, Z. Tobor, *Pojecie prawa w orzecznictwie Trybunalu Konstytucjnego (Conception of Law in the Jurisprudence of the Constitutional Court)* en L. Leszczynski (ed.), *Zmiany spoleczne a zmiany w prawie (Social Changes and Legal Changes)*, Lublin 1998, p. 161 y ss.

individuales) no requiere hacer referencia alguna a conceptos morales. En el ámbito de la función de aplicabilidad de los estándares morales, el conjunto de las normas jurídicas válidas puede determinarse sin hacer referencia a estándares morales. Esto no significa, sin embargo, que cada caso pueda ser resuelto por el juez sin hacer referencia a estándares morales.

Para el positivismo moderno (después de Hart) es un lugar común que, debido a la textura abierta del Derecho, las normas jurídicas no proporcionan una solución para cada caso concreto. Los casos difíciles no pueden decidirse basándose únicamente en la literalidad de la ley. Al decidir un caso basándose en estándares morales a los que las reglas se refieren, el juez está ejerciendo la discrecionalidad que le ha sido otorgada por el Derecho. Si un juez toma una decisión contraria a la literalidad de la ley, no gozando de ninguna discreción conferida por la ley (como en el conocido caso Riggs *vs*. Palmer), su decisión es jurídicamente incorrecta (no obstante el hecho de que pueda estar, o esté, moralmente justificada).[6]

Los positivistas simplemente repiten esta tesis como argumento en contra[7], pero no suministran ningún argumento convincente en defensa de su posición. Podría decirse que se trata de una reafirmación de la posición positivista respecto a la cual no todas las normas que tienen en cuenta los jueces al decidir los casos son –por definición– normas jurídicas. Sin embargo, los positivistas tienen, al menos *prima facie*, buenas razones para adoptar esta visión. Asimismo, sus críticos (Dworkin) tienen buenas razones para creer que todas las normas jurídicas que contribuyen a dar forma a las decisiones jurídicas deben considerarse como elementos del Derecho y que la tarea de una teoría del Derecho consiste en proveer una explicación adecuada del lugar que ocupan en el sistema jurídico.[8] En ambos casos tenemos una especie de supuesto conceptual y, al menos *prima facie*, ninguno de ellos puede ser derrotado únicamente por la invocación del otro.

No obstante, si los estándares morales desempeñan también una función de validez, esta respuesta no parece suficiente. Los positivistas parecen tener un problema con esta función debido a que parecería inconsecuente con el *test* de pedigrí del positivismo. Para responder a la pregunta "¿cuál es el Derecho?", no basta con atenerse al mencionado *test* de pedigrí, debido a

---

[6] J. Raz, *Legal Principles and the Limits of Law* en M. Cohen (ed.) *Ronald Dworkin and Contemporary Jurisprudence*, London 1984, p. 73 y ss.

[7] Vid. R. Dworkin, *Reply to Critics*, en M. Cohen, *Ronald Dworkin and Contemporary Jurisprudence*, op. cit., p. 261.

[8] Vid. J. Raz, *Two Views of the Nature of Legal Theory*, "Legal Theory" vol. 4 (1988), p. 273.

que existen ciertas reglas que pese a haber aprobado dicho *test* no forman parte del Derecho.

La defensa de los positivistas puede construirse a partir de la siguiente línea argumentativa. Si el tribunal constitucional (o cualquier otro tribunal) niega la validez de ciertas normas jurídicas porque contradicen estándares morales (no obstante dichas normas hayan aprobado el *test* de pedigrí), el tribunal constitucional continúa utilizando el criterio de validez proveniente de la Constitución. El tribunal puede hacerlo, si la Constitución lo permite o no y, en particular, si la Constitución hace una referencia explícita a los estándares morales que deben utilizarse como criterio de validez de las normas jurídicas.[9] La decisión del tribunal constitucional acerca de si una norma jurídica es válida o no, está basada en el texto de la Constitución. Si la constitución hace referencia a los estándares morales como criterio de validez (circunstancia que está presente en la mayoría de las constituciones, aunque no necesariamente tenga que ser así), esta referencia no refuta la tesis positivista de la separabilidad (*separability thesis)*.

Simplemente, el concepto de validez parece tener una textura abierta, exactamente en el mismo sentido en el que las normas jurídicas tienen una textura abierta en el ámbito de su aplicación. En la función de validez, la aplicación de estándares morales encuentra su legitimidad en el texto de la constitución. En ese sentido, la función de validez de los estándares morales no refuta la tesis del test de pedigrí, si bien nos lleva a sostener que el test de pedigrí tiene textura abierta.

Más aún, si los estándares morales desempeñan una función de validez, el papel de los estándares morales es negativo, en el sentido de que su aplicación puede conducir a la eliminación de determinadas normas jurídicas del sistema jurídico (aquellas que hayan aprobado el test de pedigrí). Los estándares morales en la función de validez no legitiman –*per se*– a una regla como regla jurídica. Por tanto, sólo aquellas reglas que hayan aprobado el test de pedigrí son normas jurídicas (aunque no todas las reglas que hayan aprobado este test son jurídicas).

No creemos, sin embargo, que la línea de defensa positivista basada en la tesis del test de pedigrí sea especialmente convincente. Por un lado, debe admitirse que una referencia explícita (o implícita) en la Constitución a estándares morales, entendida como criterio de validez de las normas jurídicas, no es una característica necesaria de un ordenamiento jurídico (y, por tanto, no es una característica conceptual del Derecho). El hecho de que gran

[9] Cfr. J. Trzcinski, W. Gromski, *Niepozytywistyczna koncepcja panstwa prawnego a Trybunal Konstytucyjny (A Non-positivistic Conception of the Rule of Law and The Constitutional Court)*, "Panstwo i Prawo" 1995, no. 5, p. 4 y ss.

parte de las Constituciones hagan referencia a estándares morales (al menos implícitamente) es una cuestión empírica y no una cuestión conceptual derivada del propio concepto de validez. Se trata de una conexión empírica entre el Derecho y la moral y no una conexión conceptual.[10] Por otro lado, sin embargo, los positivistas deberían admitir que la mayor parte de las constituciones de los órdenes jurídicos existentes tienen dicha característica. Si en defensa de su tesis, los positivistas repiten simplemente que no existe una conexión conceptual entre el Derecho y la moral, sino empírica, su teoría, a pesar de ser conceptualmente consistente, resulta vacía, en tanto no explica como funcionan realmente los sistemas jurídicos. Si, siguiendo a Hart, el positivismo se inclina a ser una "sociología descriptiva", no puede ignorar el hecho de que la mayor parte de los sistemas jurídicos hacen referencia a estándares morales. De otra manera, el positivismo se convierte simplemente en una teoría conceptual sin ningún poder para explicar cómo opera de hecho el Derecho.

2. Positivismo blando

Surge la pregunta de si es posible modificar la teoría positivista, a fin de que nos permita aprovechar las características de los sistemas jurídicos contemporáneos descritas líneas arriba. El candidato indiscutible para una teoría positivista de ese tipo es el "positivismo blando" (*soft positivism*).

El positivismo blando puede ser entendido como un conjunto de las siguientes afirmaciones.[11]

(i) La regla de reconocimiento establece qué normas pertenecen al sistema jurídico. Por "regla de reconocimiento" se entiende una convención socialmente aceptada que determina el criterio de validez de las normas jurídicas.

(ii) La existencia de la regla de reconocimiento se manifiesta en una práctica común de los tribunales y las autoridades involucradas en el funcionamiento de un sistema jurídico. Dicha práctica común es un hecho social independiente de evaluaciones y consideraciones morales.

---

[10] Para una discusión de este punto de vista vid. F. Schauer, *Positivism Through Thick and Thin*, en T. D. Cambell (ed.). *Legal positivism*, Ashgate-Dartmouth 1999, p. 195 y ss.

[11] El resumen que se presenta consiste en un conjunto de ideas básicas compartidas por todas las perspectivas que se identifican con la teoría denominada "positivismo blando". Está basado en la discusión reciente que ha tenido lugar, principalmente, en la revista "Legal Theory" publicada en Cambridge. Los contribuyentes más activos a esta discusión han sido J. Coleman, W. Waluchow, B. Leite, P. Soper y K. Himma. Sería difícil no mencionar también el famoso Post-scriptum al Concepto de Derecho de H.L.A. Hart.

(iii) La regla de reconocimiento puede determinar el criterio de validez en cualquier sentido. En particular, dicho criterio puede referirse y, de hecho, en la mayoría de los casos se refiere, al pedigrí de las normas. Sin embargo, el criterio de validez puede referirse al contenido de las normas o a su conformidad con estándares morales.

(iv) La tesis de la separabilidad (*separability thesis*) significa únicamente lo siguiente: no es conceptualmente necesario que la regla de reconocimiento contenga algún criterio relacionado con el contenido de las normas jurídicas (o su conformidad con estándares morales). El hecho de que la regla de reconocimiento contenga algún criterio de este tipo es un asunto de convención (como se explicó en el punto (i)).

El elemento clave del positivismo incluyente (lo que determina que siga siendo una teoría positivista) consiste en la llamada tesis de la convencionalidad (*conventionality thesis*), la cual afirma la naturaleza convencional de la regla de reconocimiento.[12] La regla de reconocimiento puede contener, pero no tiene que hacerlo, algún criterio relacionado con el contenido de las normas; o, por decirlo de un modo más específico, algún criterio relacionado con la congruencia de las normas con ciertos contenidos morales.[13] Es posible que existan varios modelos de sistemas jurídicos basados en esta versión del positivismo. Primero, es posible que la regla de reconocimiento se refiera exclusivamente a un determinado criterio de "pedigrí" (por ejemplo, "sólo las reglas dictadas por X [y sólo tales reglas] son jurídicamente válidas). Segundo, es posible que la regla de reconocimiento se refiera exclusivamente a algún criterio relacionado con el contenido de las reglas (por ejemplo "sólo las reglas cuyo contenido sea consecuente con estándares morales son jurídicamente válidas"). Tercero, cabe la posibilidad de que existan varias soluciones combinadas. Para el positivismo blando es esencial (para no abandonar la posición positivista) la tesis de que el criterio de validez que adopte la regla de reconocimiento, es un asunto de convención social, y no un asunto de necesidad (conceptual o de otro tipo). Tiene que existir algún criterio, pero su naturaleza es un asunto contingente que depende de factores históricos, sociales y culturales. Actualmente, gran parte de los sis-

---

[12] Jules Coleman define "de manera aproximada" la tesis de la convencionalidad como "la pretensión de que el Derecho se hace posible en la medida en que hay una convergencia independiente del comportamiento con la actitud: lo que podemos entender como un "acuerdo" entre individuos expresado en una regla social o convencional" (J. Coleman, *Incorporationism, Conventionality and the Practical Difference Thesis,* "Legal Theory" vol. 4 (1998). P. 381 y ss.

[13] Vid. D. Lyons, *Moral Aspects of Legal Theory. Essays on Law, Justice and Political Responsibility*, Cambridge 1993, p. 77 y ss.

temas jurídicos están basados en una regla de reconocimiento que contiene estándares "mixtos" de validez de las normas jurídicas.

En este sentido, el positivismo blando intenta refutar la crítica dworkiniana, no tanto por rechazar la argumentación de Dworkin, sino demostrando que su argumentación no es inconsecuente con una teoría positivista. El hecho de que la regla de reconocimiento pueda hacer referencia a estándares morales no refuta la tesis de la separabilidad. La conexión entre el Derecho y la moral (conceptual o de otro tipo) no es necesaria. Puede existir o no, dependiendo de la convención social de que se trate. No es necesario (en cualquier sentido en que se entienda la palabra "necesidad") que la regla de reconocimiento haga referencia a algún criterio moral de evaluación del contenido de las normas, al momento de comprobar su validez jurídica.[14]

Vale la pena advertir que el positivismo blando (en tanto teoría definida por la aceptación de las afirmaciones arriba descritas) puede aparecer en diferentes versiones que pueden ser consideradas como "más suaves" (*softer*) o "más duras" (*harder*).[15] La versión menos radical (por consiguiente, más "dura"), sostiene que los estándares morales desempeñan únicamente una función de validez. Como se describió anteriormente, la inconsistencia entre determinadas reglas jurídicas y estándares morales puede conducir a la negación de validez de dichas reglas, aun cuando hayan aprobado el test de pedigrí. De esta manera, los estándares morales desempeñan, por así decirlo, un papel negativo consistente en la eliminación de ciertas reglas del Derecho.

A primera vista, esta versión del positivismo jurídico se asemeja a la "fórmula Radbruch" o a una teoría más sofisticada como la de Robert Alexy. Sin embargo, hay una diferencia fundamental entre esta versión del positivismo y la teoría de Radbruch o de Alexy. Concretamente, la referencia a un criterio moral en el positivismo blando forma parte de la regla de reconocimiento, como una convención social. Como se enfatizó anteriormente, la adopción de la regla de reconocimiento (y dicha adopción es una cuestión de hecho) implica que puede, pero no es necesario que sea así, referirse a estándares morales. En la teoría de Radbruch y de Alexy, la referencia a estándares morales como parámetro de validez de las normas jurídicas es una cuestión de necesidad y, por consiguiente, es una característica necesaria de

---

[14] "El movimiento clave del Incorporacionismo consiste en la pretensión de que el positivismo no impone ninguna restricción en el criterio de validez" (J. Coleman, *Incorporationism…,* p. 407.)

[15] Cfr. S. Shapiro, *On Hart's Way Out,* "Legal Theory", vol. 4 (1998); M. Kramer, *How Moral Principles Can Enter Into the Law, "Legal Theory",* vol. 6 (2000).

los sistemas jurídicos.[16] En este sentido, la fórmula Radbruch (en la original y sofisticada versión defendida por Alexy) es incomparablemente más fuerte que el positivismo blando. Desde nuestro punto de vista, el positivismo blando es incapaz de hacer frente al problema fundamental que se intenta resolver con la fórmula Radbruch, concretamente, con el problema del Derecho Nazi. A fin de resolver este problema, la tesis de la convencionalidad debe ser rechazada; sin embargo, el positivismo no puede subsistir sin la tesis de la convencionalidad.

La versión más radical (y, por consiguiente, la más blanda) del positivismo blando (frecuentemente llamado "incorporacionismo" o "positivismo incluyente"[17]) sostiene que los estándares morales forman parte del Derecho, no sólo en el contexto de la función de validez, sino también en el contexto de la función de aplicabilidad. Por medio de una referencia explícita o implícita a los estándares morales en las normas jurídicas, dichos estándares se incorporan en el Derecho. Por tanto, los estándares morales no solamente sirven como criterio para determinar la validez de las normas jurídicas, también orientan el contenido de las decisiones judiciales. Los estándares morales a los que se refieren explícita o implícitamente las reglas jurídicas forman parte del Derecho. Una decisión judicial inconsecuente con dichos estándares no solamente puede criticarse por ser injusta e inequitativa, también por violar el Derecho. Una vez más, el hecho de que los estándares morales estén incorporados al Derecho, depende de que la regla de reconocimiento los adopte. Se trata, por tanto, de una cuestión de hecho y no de necesidad. Tales estándares no superan el test de pedigrí, pero su aplicación en la resolución de casos se sigue de la regla de reconocimiento adoptada.

3. Tres problemas

Las dos versiones del positivismo anteriormente presentadas se enfrentan, no obstante, a ciertas dificultades. Estas dificultades pueden resumirse brevemente de la siguiente manera.

(a) el concepto de "regla de reconocimiento"

El positivismo blando continúa siendo una teoría positivista en tanto mantenga el concepto de regla de reconocimiento, concebida y manifestada como una práctica común de las autoridades (tesis de la convencionalidad). Si no existiera esta práctica común, no habría regla de reconocimiento, en

---

[16] Vid. R. Alexy, Begriff und Geltung des Rechts, Freiburg-Munchen, 1994, p. 39 y ss.; Id. *On Necessary Relations between Law and Morality,* "Ratio Juris" vol. 2 (1989), p. 167 y ss.

[17] Vid. J. Coleman, *Incorporationism…*, op. cit., nota 12; W. Waluchow, *Authority and Practical Difference Thesis*, "Legal Theory" vol. 6 (2000).

tanto que la regla de reconocimiento se constituye por dicha práctica común; en otras palabras, por la adopción de cierta convención.

La práctica de las autoridades debe ser común. Si diversas autoridades adoptan diferentes tipos de prácticas en la identificación de las normas jurídicas, la regla de reconocimiento deja de existir. Por tanto, la regla de reconocimiento no puede tener una textura abierta; si la tuviera, no existiría una práctica común. Si la regla de reconocimiento hiciera referencia a estándares morales, tendría necesariamente una textura abierta, debido a que los estándares morales son vagos e imprecisos por naturaleza. Por tanto, si la regla de reconocimiento hiciera referencia a estándares morales, se provocaría la "autodestrucción" de dicha regla. Como señala Dworkin, la controversia socava la convencionalidad del Derecho.[18] La moralidad es inherentemente controversial. Por tanto, puede argumentarse que cuando la regla de reconocimiento alude a estándares morales, se convierte en controversial; y si es controversial, deja de ser una regla social. La tesis de la convencionalidad, por consiguiente, no se sostiene, en tanto no exista una convención común adoptada por los tribunales.

No pensamos que estas críticas en contra del positivismo blando sean sólidas. "Práctica común" no significa que se trate de una práctica "idéntica" o "unificada". Es evidente que debe existir una similitud en los métodos y en los resultados de la identificación de las normas validas por parte de las autoridades. De otra manera, la regla de reconocimiento no podría existir. No obstante, esto no significa que los resultados de la identificación de las normas válidas tengan que ser los mismos. La existencia de cierta dosis de incertidumbre no implica el rechazo de la existencia de una práctica común.[19]

En el desarrollo de la práctica común por parte de las autoridades, surgen algunas áreas de incertidumbre que posteriormente desaparecen, siendo sustituidas posteriormente por nuevas áreas de incertidumbre. La práctica sigue siendo común, no obstante distintas autoridades pueden arribar a conclusiones diferentes. De cualquier forma, una regla de reconocimiento concebida de esta manera permite un mayor grado de certeza en la identificación de las normas jurídicas, de la que se logra por la mera referencia al contenido de las mismas. En segundo lugar, debe distinguirse entre la pregunta por el criterio de identificación de la validez de las normas jurídicas y la pregunta acerca de la aplicabilidad de dicho criterio. La regla de reconocimiento se

[18] Vid. R. Dworkin, *Biorac prawa powanie*, op. cit., p. 121 y ss.

[19] Para una serie de argumentos críticos respecto a la posición de Dworkin, vid. J. Coleman, *Negative and Positive*...., p. 39 y ss.

constituye por el consentimiento social (manifestado en la práctica de las autoridades) en relación con el criterio que debe ser utilizado.

Si el criterio no está definido, sino que permanece vago, su aplicación puede conducir en algunas ocasiones a resultados distintos. La práctica común (la adopción de la misma convención para identificar el Derecho) se manifiesta por la aplicación del mismo criterio, aunque ello no conlleve necesariamente los mismos resultados.

(b) el problema de la autoridad del Derecho

El positivismo blando admite la utilización de estándares morales con el propósito de identificar el Derecho. Esta tesis del positivismo blando es incompatible con la pretensión de autoridad, la cual se asume como inminente en el Derecho. La pretensión de autoridad del Derecho requiere que la norma jurídica aplicable sea la única razón para la acción, que sea independiente de otras razones; en particular, de aquellas razones relacionadas con las cualidades substanciales de la conducta regulada.[20] El Derecho pretende que la norma jurídica, entendida como razón para la acción, prevalezca sobre cualquier otro tipo de razones (en este sentido, constituye una razón excluyente).[21] En otras palabras, una norma jurídica es una razón prevaleciente (*prevailing reason*) para la acción, independiente de las razones que la justifican y/o del hecho concreto al que se refiere dicha norma. El Derecho pretende que las normas jurídicas sean cumplidas sin indagar en las razones subyacentes de dichas normas. Por tanto, la moralidad no puede ser una condición para la juridicidad. Una regla autoritativa funciona en el razonamiento práctico anticipándose o sustituyendo a las razones dependientes (morales) que las justificarían. Esto significa que a partir de que una norma jurídica es adoptada, excluye (o pretende excluir) del razonamiento práctico de su destinatario cualquier razón substantiva que en otro caso pudiera ser considerada en su deliberación acerca de comportarse de la manera establecida por dicha norma jurídica. Si la regla de reconocimiento permite que la moralidad funcione como condición de validez de las normas jurídicas, dicha regla requiere que las autoridades indaguen las razones dependientes en orden a determinar lo que es el Derecho. Esto es incompatible con la

---

[20] J. Raz, *The Authority of Law*, capítulo 2.

[21] Para una discusión sobre las razones para la acción y el concepto de "razones excluyentes" vid. J. Raz *Practical Reason and Norms*, 2ª ed. Oxford 1990, *passim*; cfr. también S.R. Perry, *Second-Order Reasons, Uncertainty and Legal Theory*, en T.D. Cambell (ed.), *Legal Positivism*, op.cit., p. 129 y ss.

pretensión de autoridad del Derecho, en tanto dicha pretensión requiere que las razones dependientes sean anticipadas o sustituidas.[22]

En este momento no es posible discutir con todo detalle el problema de si el positivismo blando es compatible con la pretensión de autoridad del Derecho.[23] Requeriría una detallada discusión acerca de la "pretensión de autoridad" como un elemento inherentemente conceptual de lo que es el Derecho. En nuestra opinión, la pretensión de autoridad consiste en una ponderación autoritativa de diversas razones para la acción. El Derecho mantiene su carácter autoritativo si reclama su autoridad al ponderar dichas razones. Esto significa que el Derecho puede tener en cuenta razones morales sin perder su pretensión de autoridad. Por otra parte, aunque la regla de reconocimiento permitiera que las autoridades aplicaran estándares morales con el propósito de identificar las normas jurídicas válidas, no significaría necesariamente que estos estándares tuvieran que ser aplicados por sus destinatarios para responder a la pregunta de qué es lo que el Derecho les exige hacer. Una vez que las normas son identificadas por parte de las autoridades, se mantiene la pretensión de autoridad hasta en tanto el Derecho exija a sus destinatarios que tales normas son las únicas razones para la acción. En ese caso, los destinatarios se comportan de acuerdo con los estándares morales debido a que el Derecho se lo ordena con carácter autoritativo (no debido a ninguna cualidad sustantiva de las acciones).

c) diferencia práctica

La tesis de la "diferencia práctica" (*practical difference thesis*) puede concebirse como una manera más general de entender el argumento raziano de la pretensión de autoridad del Derecho. De acuerdo con esta tesis, el Derecho debe ser, en principio, capaz de realizar una diferencia práctica; es decir, debe ser capaz de influir en las deliberaciones y en las acciones.[24] El estatus epistémico de la tesis de la diferencia práctica no es completamente claro. En concreto, no está claro si la tesis de la diferencia práctica debe entenderse como una verdad conceptual acerca del Derecho (de manera similar a como opera la tesis raziana de la pretensión de autoridad del Derecho) o, por el contrario, como una verdad empírica que expresa una condición de la funcionalidad del Derecho. Dejaremos este problema al margen.

---

[22] Cfr. J. Raz, *Authority, Law and Morality*, "The Monist" vol. 68 (1985) p. 301 y ss.

[23] Para una discusión de este problema, vid. W. Waluchow, *Inclusive Legal Positivism*, Oxford 1994; cap. 4; T. Dare, *W. Waluchow and the Argument from Authority*, "Oxford Journal of Legal Studies", vol. 17 (1997).

[24] Para un desarrollo de este argumento, vid. S. Shapiro, *The Difference that Rules Make* en B. Bix (ed.) *Analyzing Law: New Essays in Legal Theory*, Oxford 1999, p. 33 y ss.

La tesis de la diferencia práctica, según parece, no sostiene que el Derecho necesariamente tiene que ser capaz de generar una diferencia proporcionando razones para la acción (o razones excluyentes, como sostiene Raz). El Derecho puede realizar una diferencia práctica proporcionando información sobre cómo actuar. Con el propósito de ser breves, discutiremos la tesis de la diferencia práctica en su versión epistémica (creemos que la versión "motivacional" puede reducirse a la concepción raziana de la pretensión de autoridad del Derecho). En relación con la tesis de la diferencia práctica, el positivismo blando se enfrente con la siguiente dificultad.

Cuando la regla de reconocimiento, o alguna norma primaria del sistema jurídico, hace referencia a estándares morales, no proporciona ninguna información relacionada con el contenido de los estándares morales que tienen que ser aplicados como guías para la acción. Por tanto, el Derecho basado en la regla de reconocimiento es incapaz de provocar una diferencia práctica en los destinatarios de las normas jurídicas porque fracasa al suministrar información sobre cómo hay que comportarse. El destinatario debe, por sí mismo, identificar el contenido de los estándares morales que tienen que ser seguidos.

Esta afirmación es aplicable tanto a las autoridades que deciden los casos, como a los destinatarios de las normas primarias del sistema. Por decirlo de una manera intencionalmente drástica: el Derecho se vuelve redundante, en tanto no conduce nuestras acciones proporcionando información sobre cómo actuar. La regla de reconocimiento fracasa en su función de identificar a las normas primarias que deben cumplirse y, en este sentido, no puede ser una solución para el defecto de incertidumbre de los sistemas jurídicos. Debe revisarse por separado la conformidad de cada norma primaria con los estándares morales. Por tanto, nos encontramos ante una situación en la que no hay ningún criterio (externo) que sea fiable para identificar a las normas que pertenecen al sistema, en tanto que su identificación depende finalmente de la evaluación que realizan los destinatarios de su contenido; dicha evaluación debe basarse en estándares morales. Por decirlo de otro modo, el Derecho establece la obligación de actuar de una manera determinada, solamente cuando hay suficientes razones (morales o de otro tipo) independientes para actuar así. Por tanto, la existencia y validez de las normas jurídicas resulta ser irrelevante para el resultado del razonamiento práctico. El Derecho no establece ninguna diferencia práctica para los destinatarios de las normas jurídicas.

Según nos parece, el argumento en contra del positivismo blando, basado en la tesis de la diferencia práctica, es bastante plausible, pero no necesariamente se sostiene. En nuestra opinión, la existencia de una norma jurídica que establezca la obligación de actuar de conformidad con el resultado de

la aplicación de estándares morales (sea una norma primaria o secundaria) puede desempeñar en el razonamiento práctico una función que podríamos denominar como "el cumplimiento de la función de moralidad".

Esto significa que dicha norma impone a sus destinatarios la obligación de atender al resultado de la aplicación de los estándares morales a los cuales se refiere. De esta manera, el resultado de la aplicación de los estándares morales (al margen de qué tan controversial puede resultar) tiene que ser obedecido so pena de sufrir las consecuencias jurídicas negativas (sanción).

No cabe duda de que la consecuencia adicional de un comportamiento potencial impuesto por una norma jurídica influye (o, al menos, puede influir) en el razonamiento práctico. Si no existiera esta norma, otro tipo de razones podrían prevalecer sobre las razones pertenecientes a dicho criterio moral. Por ejemplo, si el criterio para reconocer las normas primarias (prescrito por la regla de reconocimiento) en un determinado ordenamiento jurídico, permitiera que sólo las normas primarias que satisfagan el valor de la igualdad se reconocieran como jurídicamente válidas, dicha regla de reconocimiento establecería claramente una "diferencia práctica", al modificar el razonamiento práctico.

Obviamente, la diferencia que produce no excluye la evaluación moral de la norma primaria en cuestión (en tanto dicha norma cumple con el criterio moral de igualdad). La función de la regla de reconocimiento consiste en determinar la preferencia entre varias alternativas de estándares morales que pueden ser aplicados; así como la relación entre estándares morales y otro tipo de razones no morales. En el ejemplo arriba descrito, el criterio prescrito por la regla de reconocimiento (aunque sea vago) establece un cierto rango entre varios tipos de razones que deben tomarse en cuenta en el razonamiento práctico. Otorga preferencia al criterio de igualdad, aunque pueden existir fuertes razones para lo contrario (por ejemplo, el aumento de la eficiencia económica), lo que en otras circunstancias (si no existiera una obligación legal de por medio) podría pesar más que esta razón en concreto, perteneciente al valor de igualdad. El razonamiento práctico relacionado con el reconocimiento de las obligaciones impuestas por las normas primarias puede entenderse como una interacción entre razones morales y razones jurídicas. Las normas jurídicas son decisivas al momento de establecer una preferencia entre los resultados producidos tanto por razones morales como por razones no morales, indicando aquellos estándares morales que deben prevalecer. Esto se aplica tanto a las normas primarias que hacen referencia a estándares morales (en el contexto de la función de aplicabilidad de los estándares morales) como a la regla de reconocimiento (en el contexto de la función de validez de los estándares morales). Puede decirse que las normas

jurídicas funcionan como reglas de preferencia que operan en un segundo nivel del razonamiento práctico, en conexión con la ponderación de razones prácticas. Si esto es cierto, las reglas efectivamente provocan una diferencia práctica; en tanto que en su ausencia, la conclusión del razonamiento práctico sería diferente.

4. Una pequeña conclusión

Si la función de una teoría del Derecho consiste en dar cuenta de cómo funciona el Derecho o, en otras palabras, cómo puede ser explicada la práctica del Derecho, creemos que el positivismo tradicional (incluso en la sofisticada versión hartiana) no es capaz de llevar a cabo estas tareas y, en particular, de ofrecer una explicación convincente de las relaciones entre el Derecho y la moral. Creemos que aunque el positivismo blando se enfrenta con numerosos problemas, es un acercamiento prometedor que vale la pena desarrollar y continuar. No queremos decir que el positivismo blando sea la única teoría que sea posible para dar cuenta de las relaciones entre el Derecho y la moral. En particular, en este trabajo no hemos discutido un enfoque alternativo, basado en la "fórmula Radbruch" y defendido principalmente por Robert Alexy, que nos parece mucho más radical que el positivismo blando.

(Trad. de Raymundo Gama Leyva)

LA IRONÍA DEL POSITIVISMO JURÍDICO

F. Atria
Universidad de Talca, Chile

RESUMEN. Este artículo discute la actual disputa familiar entre los llamados positivistas "blandos" y "duros". Se sostiene que esta disputa muestra que el positivismo jurídico contemporáneo ha rechazado el importante y original enfoque que le identificaba originariamente. El positivismo jurídico nació como una teoría del Derecho moderno, una forma de Derecho que era artificial y contingentemente construido, más que descubierto a través del uso de la razón. El estado actual de la teoría y práctica jurídica muestra la necesidad de volver a esta versión "ética" del positivismo jurídico, porque estamos asistiendo a un tipo de involución jurídica hacia formas jurídicas premodernas que suelen denominarse "neo-constitucionalismo"; una involución que –si el enfoque del positivismo jurídico original es todavía válido, tal como este artículo defiende- debe resistirse. Tal teoría "ética" fuerte debe entender a la legislación como el *non plus ultra* del Derecho, y a los jueces como sometidos al legislador, sin reducir la aplicación a una actividad mecánica.

ABSTRACT. This article discusses the current family dispute among so-called "soft" and "hard" positivists. It claims that this dispute shows that contemporary legal positivism has rejected the important original insight that originally identified it. Legal positivism was born as a theory of modern law, a form of law that was artificially and contingently made rather than discovered thorugh the use of reason. the current state of legal theory and practice shows the need to return to this "ethical" version of legal positivism, because we are witnessing a sort of legal involution to pre-modern legal forms that is sometimes called "neo-constitutionalism", involution that –if legal positivism's original insight is still valid, as this article claims it is– ought to be resisted. Such a strong "ethical" theory must understand legislation as the *non plus ultra* of law, and judges as "underworkmen" of the legislator, without reducing adjudication to a mechanical activity that loses sight of the particulars involved.

> [Brian y una célula del *People's Front of Judea* han ingresado al palacio de Poncio Pilatos con el plan de secuestrar a la mujer de Pilatos y formular exigencias a cambio de su liberación. Ahí se encuentran con otro grupo anti-romano, la *Campaign for Free Galilee.* Ambos grupos comienzan a luchar entre sí. Brian interviene]
> BRIAN: Brothers! Brothers! We should be struggling together!
> FRANCIS: We are! Ohh.
> BRIAN: We mustn't fight each other! Surely we should be united against the common enemy!
> EVERYONE: The *Judean People's Front*?!
> BRIAN: No, no! The Romans!
> EVERYONE: Oh, yeah. Yeah. Yeah. Yes.
>
> Monty Python's *Life of Brian* (1979)

¿Es el derecho algo que puede ser descrito sin comprometerse con las disputas morales y políticas en las que se invoca? Esta pregunta ha estado en el centro de la atención de la teoría del derecho de las últimas décadas, porque algunos han creído que la plausibilidad de lo que suele llamarse "positivismo jurídico" depende de su respuesta. Aquí se ofrecen razones para responder negativamente esta pregunta; para dudar, en consecuencia, de la importancia de la actual controversia entre diferentes versiones de esa escuela. Pero eso no quiere decir que la idea central del positivismo jurídico deba ser desechada, cuando ella es correctamente identificada. Eso es lo que intentaré hacer a continuación: rescatar una compresión del positivismo jurídico de acuerdo a la cual éste no pretende que el derecho pueda ser estudiado "descriptivamente", que la teoría del derecho deja las cosas, parafraseando a Wittgenstein, tal como estaban. En su mejor versión, el positivismo jurídico es una teoría del derecho *moderno* que por tanto no puede ser entendido sin remitirse a los valores que el derecho moderno pretende (contribuir a) realizar. Al rechazar la factibilidad de una teoría del derecho puramente conceptual abrimos el camino a una teoría del derecho cuya preocupación central es su contribución a la mantención del valor que es posible encontrar detrás de nuestras prácticas jurídicas, si es que es posible encontrar alguno. El positivismo *ético* como teoría del derecho se concentra, por eso, en la formalidad y la autonomía del razonamiento jurídico. Pero la razón por la cual la formalidad y la autonomía del derecho son importantes no es que sólo ellas asegura niveles aceptables de certeza y seguridad, que es la usualmente invocada en estos contextos. En la versión que intentaré defender, el positivismo jurídico defiende una comprensión del derecho de acuerdo a la cual éste puede ser un instrumento de autogobierno democrático. El autogobierno democrático sólo es posible si es posible una forma de discurso jurídico formal y (relativamente) autónomo, cuya autocomprensión corresponde al positivismo ético. Para ser estable, esa forma

de positivismo debe evitar el formalismo exagerado del positivismo jurídico europeo del siglo XIX y reconocer que nuestras prácticas jurídicas son tales, que los jueces simplemente no pueden ser meras bocas que pronuncian las palabras de la ley. Pretender defender esta concepción de la adjudicación lleva a la inestabilidad de la práctica jurídica, como fue identificado por Bentham. La necesidad de una teoría del derecho que celebre la contingencia y autonomía del derecho moderno es particularmente aguda en la actualidad cuando empieza a consolidarse un paradigma alternativo llamado a veces "neo-constitucionalismo". El neo-constitucionalismo constituye, por razones que serán expuestas en su momento, una involución a formas legales pre-modernas que en las circunstancias actuales implica la disolución del derecho. Para resistirlo se necesita una teoría que, como el positivismo del siglo XIX, entienda a la ley como el *non plus ultra* del derecho pero que, a diferencia de él, evite reducir la adjudicación a una actividad mecánica que pierda de vista los casos particulares involucrados. El positivismo jurídico fue en sus orígenes una teoría de este tipo, y es esa forma de la teoría la que debe ser rescatada de quienes hoy reclaman la etiqueta. Éste es el plan de este artículo.

I. Una disputa de familia

Desde un tiempo a esta parte en la teoría del derecho ha surgido una curiosa disputa de familia entre los así llamados 'positivistas'. Es hoy un lugar común identificar el origen de esta disputa con el ataque que la familia sufrió en la forma de la crítica de Ronald Dworkin a *El Concepto de Derecho* de H.L.A. Hart. Los argumentos de Dworkin se concentraron originalmente en lo que él llamó 'principios', cuya validez se fundaba en su corrección material y no en el hecho de ser formalmente reconocidos conforme a una regla de reconocimiento. Enfrentado a los principios, Hart parecía forzado a elegir una de dos posiciones igualmente insatisfactorias: o declaraba que los principios eran inválidos en tanto no fueran reconocidos por la regla de reconocimiento, o aceptaba que algunas normas jurídicas podían ser válidas en virtud de sus méritos substantivos (por ser justas, correctas, imparciales, etc), aun cuando no pudieran ser reconocidas formalmente.

Hart, por desgracia, no vivió lo suficiente para entregar su propia respuesta final y reflexionada al desafío (lo que después fue publicado como el postscriptum a su libro principal quedó inconcluso[1]), de modo que el desafío pasó a sus herederos. Aquí empezó la batalla de familia. Algunos

[1] Y hay razones para pensar que de haber tenido la posibilidad de revisarlo antes de la publicación habría hecho cambios sustantivos. Véase Dworkin, "Hart's Postscript", 1. Véase adicionalmente Lacey, *A Life of H.L.A. Hart*, 328-353.

positivistas adoptaron una línea de respuesta conciliadora, 'suave' o 'blanda', aceptando que los principios podían ser parte del derecho a pesar de ser reconocidos por su contenido, y asumiendo a una definición más débil del clan (según la cual el positivismo jurídico es una familia de teorías jurídicas unidas por la tesis de que no hay una conexión necesaria, a pesar que puede haber una conexión contingente, entre el derecho y la moral). Otros adoptaron la estrategia "estricta" o "dura" de negar a los principios estatus jurídico *tout court* y parapetarse en la versión más fuerte de la teoría, según la cual el derecho no sólo es basado en fuentes, sino válido *porque* es basado en las fuentes (por tanto los principios, válidos porque son substantivamente correctos y no necesariamente porque son basados en alguna fuente, no son derecho válido[2]).

Lo que siguió es el patrón usual de las disputas de familia: los suaves sostuvieron que la familia no sobreviviría a menos que adoptara una visión más "inclusiva" de sí misma, mientras que los duros retrucaron que los suaves se estaban rindiendo al oponente. La disputa continuó y continúa.

Observo esta controversia no como un perfecto extraño. Más abajo, espero, quedará claro por qué me veo como un pariente lejano, que vuelve a casa después de cierto tiempo y ve con desazón que ambos bandos, como usualmente ocurre en las disputas de familia, pierden de vista algo realmente importante, que por defender a la familia según cada uno la entiende, están inconscientemente traicionando la idea misma que la animaba. Más aún, creo que hoy esta idea está bajo un serio ataque representado por el así llamado "neo-constitucionalismo", y que es éste el desafío que debe importar a los "auténticos" positivistas jurídicos. La paradoja está en que los positivistas contemporáneos no sólo han dejado de preocuparse de esto, como si simplemente hubiesen comenzado a discutir otra cosa; por el contrario, están positivamente contribuyendo a la erosión del espíritu original del positivismo.

Los duros

Los duros responden a Dworkin lo que Margaret Thatcher (dice que) respondió a Europa mientras era primer ministro: "No, No, No". Sostienen que el positivismo jurídico se identifica con la tesis que todo el derecho es basado en fuentes sociales, lo que quiere decir que sólo las normas que pueden identificarse y cuyo contenido puede ser determinado descansando sólo en hechos sociales pueden ser llamadas propiamente normas "jurídicas". Esto implica que una norma cuyo contenido o identificación depende

[2] Más sobre el significado e importancia de este "porque" abajo.

de la satisfacción de ciertos criterios morales (como las que son válidas por satisfacer esos criterios o las que se refieren a conceptos morales, de manera que para establecer su significado se requiere establecer cuál es la "correcta" comprensión de esos conceptos) no es parte del derecho. Según la tesis de las fuentes, "la existencia y el contenido del derecho es materia de hechos sociales que puede ser establecida sin referirse a argumentos morales"[3].

No entraré a analizar en detalle las premisas utilizadas por los así llamados positivistas "excluyentes" para justificar una posición tan dura, en parte porque son conocidas, en parte porque me he referido a ellas en el pasado[4], pero principalmente porque una vez que veamos –como lo haremos pronto– que las *conclusiones* del argumento son inaceptables, la tarea de encontrar los aspectos de esas premisas que deben abandonarse, corregirse o modificarse no necesita entretenernos, porque desde ese momento la disputa se revelará como lo que efectivamente es: una disputa sobre la propiedad o impropiedad de utilizar la palabra "derecho" para etiquetar ciertas normas o sistemas normativos.

En vez de examinar los fundamentos de la posición de los duros quiero considerar sus implicaciones. En particular, quisiera detenerme a examinar lo que diría uno de ellos sobre los sistemas jurídicos que conocemos, los que nos preocupan cuando nos desplazamos de cuestiones conceptuales hacia nuestras preocupaciones normales como abogados, profesores de derecho positivo o científicos del derecho.

Una consecuencia aparente de la tesis de las fuentes en su sentido más duro es que la mayor parte de lo que describiríamos usando la palabra "derecho" resulta, examinado con detención, no ser derecho. En muchos países (especialmente en países que tienen constituciones rígidas y un sistema de control difuso de constitucionalidad de la legislación, aunque el argumento es aplicable a otros casos menos peculiares), el derecho legislado no sería derecho, puesto que su validez está sujeta a la condición de que el contenido de las leyes no viole ciertas normas constitucionales de redacción amplia y moralmente cargada. Las condiciones de verdad de la afirmación "La ley X es derecho chileno (argentino, norteamericano, etc) válido" incluyen que X no sea incompatible con los derechos fundamentales incorporados en las disposiciones relevantes de la constitución chilena (argentina, norteamericana, etc). Así por ejemplo, la validez de cualquier ley norteamericana que

---

[3] Raz, "Authority, Law and Morality", 218 [253]. En general, cuando se citan obras en inglés de las cuales conozco traducción en español se indica en primer lugar la paginación en el original y entre corchetes la paginación en la traducción. Los datos de ambas se incluyen separadamente en la bibliografía. Las citas en castellano de esas obras son por regla general mis traducciones.

[4] Atria, *Law and Legal Reasoning*.

establezca una pena para cualquier acción depende de que sea compatible con la octava enmienda, que prohíbe los castigos crueles e inusuales. Por supuesto, es claro que en el sentido relevante una multa moderada para un falta moderada no es *cruel*, pero la tesis de las fuentes no es una tesis sobre la *controversialidad* de las fuentes del derecho, y lo que excluye no son consideraciones morales controvertidas sino consideraciones morales porque son consideraciones morales[5]. Como la cuestión de si una multa moderada es "cruel" en el sentido de la octava enmienda es una cuestión moral –una muy simple, con una respuesta obvia si se quiere, pero a pesar de todo moral– y si la validez de una ley depende de ella, esa ley no sería entonces derecho, porque para poder afirmar su existencia es necesario argumentar moralmente sobre la no crueldad de ese castigo. El mismo argumento vale para toda ley chilena que pueda implicar discriminación (art. 19 Nº 2 constitución chilena), para toda ley argentina que parezca imponer sanciones a conductas "privadas de los hombres, que de ningún modo ofendan al orden y a la moral pública ni perjudiquen a un tercero" (art. 19 segunda parte constitución argentina), etc.

En consecuencia el positivista duro parece forzado a concluir que ninguna de esas leyes chilenas, argentinas o norteamericanas es derecho. Lo mismo puede predicarse de todos los contratos (en Chile al menos, la validez de un contrato está sujeta a la condición de que no sea contrario a la "moral" y "las buenas costumbres", de acuerdo al art. 1461 del Código Civil, y esta disposición no es particularmente idiosincrásica), los decretos, reglamentos, etc[6]. El positivismo excluyente parece restringir de tal forma la extensión de la palabra "derecho", que la categoría de las normas legales es casi vacía.

(Es sólo "casi vacía" y no vacía, porque estrictamente hablando sólo incluye las normas particulares cuya validez puede fundarse en el hecho

---

[5] La tesis de las fuentes "no implica la falsa proposición que todas las materias fácticas son pacíficas, ni tampoco la falsa visión que todas las proposiciones morales son controvertidas" (Raz, "Authority, Law and Morality", 218 [253]); ver también Marmor, *Positive Law*, 51-52.

[6] Sin notar que los mismos argumentos se aplican no sólo a los contratos sino también a las leyes, esto es lo que T Endicott llama "la parte sorprendente" de la teoría del derecho de Raz (Endicott, "Raz on gaps", 99). Endicott encuentra sorprendente un argumento que parece implicar que "no hay derecho inglés de contratos" (*ibíd*., 102). Él argumenta que "una exigencia jurídica de aplicar consideraciones morales confiere discreción a los tribunales, pero sólo porque las consideraciones morales son vagas" (*ibíd*., 100). La posición de Endicott, entonces, es incompatible con la tesis de las fuentes, a pesar de que no quiera decirlo. Después de todo los argumentos de Endicott hacen de la controversialidad el criterio para la discreción. Creo que esto no puede ser correcto: no podemos decir que un caso es difícil si y sólo si hay desacuerdo entre los participantes acerca de la solución correcta, puesto que puede haber desacuerdo por muchas razones (basta considerar la posibilidad del comportamiento estratégico, que después de todo es para lo que se les paga a los abogados). Pero este no es el lugar para discutir este asunto. Véase Atria, *Law and Legal Reasoning*, 73-74.

social de haber sido dictadas por un juez y que hayan adquirido autoridad de cosa juzgada. Es irónico que en su defensa del positivismo los duros terminen con un concepto de derecho como "órdenes (del juez) respaldadas por amenazas"[7]).

Pero esta parece una conclusión absurda, por lo que cualquier positivista, por duro que sea, intentará evitarla para mantener la plausibilidad conceptual. Por eso debemos considerar algunos de sus mejores esfuerzos para evitarla.

Validez prima facie. Uno podría sostener que las leyes y los contratos no son legalmente válidos de manera concluyente hasta que un tribunal no haya dicho que lo son. Como una decisión jurisdiccional es un hecho social, después del fallo existe un hecho social para sostener la validez de la norma (contractual o legal) contenida en la sentencia. Así Raz creía que podía evitar que su compromiso con la tesis de las fuentes lo llevara a concluir que los contratos no son derecho cuando hay una regla (como el ya mencionado art. 1461 CC) que dispone que los contratos no son válidos si no cumplen algún criterio moral. En este caso,

> Para determinar la validez de un contrato en particular uno debe referirse a un argumento moral. Sólo después de que la validez del contrato ha sido declarada por un tribunal ella puede ser establecida de acuerdo a la tesis de las fuentes, *i.e.* por referencia a la decisión jurisdiccional. Por eso la tesis de las fuentes implica que antes de la decisión jurisdiccional de ningún contrato puede decirse que es válido de manera conclusiva. Por supuesto, estos contratos son válidos *prima facie*, si cumplen con otros criterios de validez exigidos por la ley[8].

Pero decir que el contrato es válido *prima facie* es decir que el tribunal no tiene ninguna obligación jurídica de reconocerlo como jurídicamente válido: "en virtud de la tesis de las fuentes los tribunales tienen discreción cuando se les requiere para que apliquen consideraciones morales"[9]. En consecuencia, el tribunal no puede estar legalmente equivocado al decidir si un contrato es válido o inválido (y recuérdese que esto se dice no para casos especialmente objetables de contratos, como el contrato entre Antonio y Shylock en *El Mercader de Venecia*, sino para todo contrato, para cada contrato).

En lo que se refiere a la ley, esta idea de validez *prima facie* enfrenta otra objeción, más seria. Una decisión jurisdiccional relativa a la validez de un

---

[7] Como correctamente sostienen Moreso y Vilajosana, *Introducción a la Teoría del Derecho*, 198, el escepticismo realista es una consecuencia (una "exageración", advierten ellos) de la tesis de las fuentes. Veremos que con menos exageración de la que ellos parecen requerir el positivismo analítico llega a consecuencias escépticas.

[8] Raz, *El Concepto de Sistema Jurídico*, 257-8. Véase también Raz, "Legal Reasons", 75.

[9] Raz, "Legal Reasons", 75.

contrato usualmente produce cosa juzgada, en el sentido que el asunto queda decidido de manera concluyente. Pero en muchos sistemas jurídicos las decisiones judiciales en casos de constitucionalidad de una ley no producen *res iudicata*. Ahora bien, en algunos países (*e.g.* Estados Unidos y Argentina) existe lo que es a veces denominado un sistema de *control difuso* de constitucionalidad, que puede (o no) existir junto a una regla de *stare decisis*. Una decisión en el caso X en el sentido que una ley es contraria a la constitución implica que la ley es inaplicable al caso concreto en que la sentencia es dictada. Pero por sí misma esa decisión no implica nada para otros casos. Esta labor es realizada por la regla del *stare decisis*, según la cual los tribunales inferiores están obligados por las decisiones de los tribunales superiores[10]. Esto es, si la Corte Suprema argentina decide que una ley es constitucional, y en consecuencia aplicable a un caso particular, esta decisión produce cosa juzgada en el caso (en el contexto de ese caso el hecho de la constitucionalidad de la ley no puede plantearse nuevamente), pero no obliga al mismo tribunal a fallar de igual manera el siguiente caso[11]. Lo mismo puede ocurrir en países con sistemas concentrados de adjudicación constitucional (en los que un tribunal constitucional al estilo europeo tiene el poder de derogar leyes en sede de inconstitucionalidad), en los que el tribunal constitucional no necesariamente está obligado por decisiones previas.

Si aplicamos la idea de Raz de validez *prima facie* a las leyes en sistemas como los mencionados, veremos que la validez así limitada se mantiene incluso después de que un tribunal ha rechazado una demanda de inconstitucionalidad; en efecto, el mismo tribunal retiene el poder para cambiar de opinión y decidir de otra manera en un caso futuro; a diferencia de un contrato, la constitucionalidad de una ley puede discutirse con referencia a un caso distinto en el futuro. En consecuencia, nunca será el caso que la validez de una ley satisfaga de manera concluyente la tesis de las fuentes. En lo que concierne a la ley, los jueces siempre tendrán discreción.

Potestades jurídicas limitadas y dirigidas. Tal vez por estas razones algunos positivistas duros han rechazado la idea de validez *prima facie*. Andrei Marmor ha sostenido, incluso, que la idea de validez *prima facie* es

> inconsistente con la naturaleza autoritativa del derecho, [porque] la autoridad existe para hacer una diferencia práctica, y no podría pretender hacer tal diferencia si las directrices autoritativas sólo fueran válidas *prima facie* […] Es como si la autoridad dijera: 'hagan lo que les digo, a menos que lo que les digo sea

[10] Véase Guastini, "La constitucionalización del ordenamiento jurídico: el caso italiano", 53s.

[11] Este no es sólo un punto académico. Durante los años '80 y '90 la interpretación de la constitución argentina por la Corte Suprema de ese país osciló notoriamente. Véase, por ejemplo, Böhmer, "La corte de los '80".

> contrario a razones morales'. La validez jurídica no es una construcción *prima facie*. La autoridad del derecho se necesita precisamente para hacer concluyentes, al menos desde un punto de vista jurídico, razones *prima facie* que se aplican a los sujetos putativos[12].

En vez de sostener que las normas jurídicas que estamos considerando son válidas *prima facie*, Marmor entiende que ellas "funcionan como reglas que otorgan a los jueces poderes legislativos *limitados* y *guiados*"[13]. Así, para usar el ejemplo discutido por Marmor, la octava enmienda de la constitución norteamericana otorga a los tribunales autoridad legislativa ("limitada y guiada") para invalidar normas jurídicas que contengan penas crueles. La potestad que conceden es limitada y guiada porque la norma jurídica que otorga tal potestad (*i.e*. la octava enmienda) especifica la clase de razones en las cuales el tribunal puede apoyarse para invalidar una determinada ley y también prohíbe a los tribunales invalidar leyes por otras razones (los tribunales no pueden declarar, ejemplifica Marmor, una forma de castigo inconstitucional porque de acuerdo a su opinión es económicamente ineficiente[14]).

Marmor toma esta idea de potestades dirigidas de Raz. Raz cree que al conferir estas potestades, "el derecho crea razones para el establecimiento de nuevas reglas jurídicas, aunque éstas no son parte del derecho hasta que sean establecidas por la autoridad competente"[15]. De este modo puede responderse satisfactoriamente la pregunta: "¿cómo puede el derecho permitir la creación de una nueva regla sin que esa regla ya sea parte del derecho en virtud del hecho de que puede ser creada?"[16]. Las potestades dirigidas otorgan competencia a algunas autoridades para crear derecho, luego si el derecho contiene una regla que confiere potestades dirigidas, podemos decir: (1) que la potestad que ese órgano detenta en virtud de tal regla es una potestad *jurídica*, porque es conferida por una regla jurídica, y (2) que es *dirigida*, porque el contenido de la potestad conferida a la autoridad competente está limitado por la regla que confiere la potestad.

Marmor, entonces, no entiende la octava enmienda como una regla que prohíbe castigos crueles e inusuales, sino como una que autoriza a los tribunales a invalidar una ley cuando imponga castigos que a su juicio lo sean; para esos efectos, supondremos, con Marmor, que "la cuestión de qué clase

---

[12] Marmor, *Positive Law*, 64.

[13] *ibíd*., 67.

[14] *ibíd*.

[15] Raz, "Inner logic of the Law", 226 [263s].

[16] *ibíd*., 228.

de castigos son crueles es una cuestión moral"[17]. Hasta ahora hemos preguntado cuáles son las consecuencias de la octava enmienda para el estatus jurídico de las normas jurídicas norteamericanas que imponen penas, porque esa enmienda parece sujetar la validez de esas normas a una condición que no satisface la tesis de las fuentes: que las penas que impongan no sean crueles. Pero ahora debemos preguntarnos por el estatus de esta norma, la octava enmienda misma, y la conclusión debe ser que no puede ser parte del derecho porque también falla la prueba de la tesis de las fuentes. La falla porque su contenido no puede ser determinado sin referencia a consideraciones morales. Si determinar qué castigos son crueles es una cuestión moral, la pregunta por el contenido de la octava enmienda no puede ser contestada sin responder la pregunta por el concepto moral de crueldad. Pero por supuesto, si la octava enmienda no es una norma jurídica (=no satisface la tesis de las fuentes), entonces las potestades que ella confiere no pueden ser potestades jurídicas, y las limitaciones que ella impone a esas potestades no pueden ser limitaciones jurídicas (supongo aquí que para decir que una potestad es una potestad jurídica es necesario que una norma jurídica la otorgue, constituya, reconozca, etc).

El punto central aquí es que de acuerdo al positivismo duro una norma jurídica no puede conferir una potestad jurídicamente dirigida o limitada si los estándares que dirigen y limitan la potestad no satisfacen la tesis de las fuentes. En consecuencia, cuando los jueces ejercen estas potestades, no están jurídicamente dirigidos y la razón para ello es doble: porque la norma que confiere potestad no calificaría como una norma "jurídica", puesto que su contenido no puede ser determinado sin tomar en cuenta consideraciones morales (sin resolver el problema moral de qué penas son crueles no podemos determinar el contenido de la octava enmienda), y además porque aun si la norma que confiere potestades es jurídica, los estándares que de acuerdo a ella dirigen las potestades así conferidas (*i.e*. los estándares que determinan qué penas son o no crueles) son de todas formas estándares morales. La primera razón nos dice que estas potestades no pueden ser potestades jurídicas, la segunda que aun si lo fueran no pueden ser jurídicamente dirigidas o limitadas. La idea de potestades dirigidas y limitadas tampoco sirve para evitar nuestra conclusión absurda.

Definitividad e Infalibilidad. Que el positivismo duro lleva al escepticismo ante las reglas no debe sorprendernos, porque cuando se enfrenta a normas como la octava enmienda se ve forzado a eliminar la distinción in-

[17] Marmor, *Positive Law*, 67. Aunque esta estipulación pasa de lado por un problema importante, al cual tendremos que volver cuando veamos lo que sostienen los positivistas suaves.

troducida por Hart para responder a la objeción escéptica: la distinción entre definitividad e infalibilidad[18]. Marmor es bastante claro en esto:

> Supongamos que desde un punto de vista moral la pena de muerte es realmente cruel y en consecuencia no debería ser válida. A pesar de ello, desafortunadamente la Corte Suprema ha decidido de otra manera. ¿Deberíamos continuar afirmando que las leyes que prescriben la pena de muerte hoy en Estados Unidos no son legalmente válidas? Y si es así, ¿cuál es la significación práctica de la autoridad de la Corte Suprema que ha decidido de otra manera?[19].

Marmor parece estar ofreciendo, como un argumento a favor de la tesis de las fuentes, el hecho que todos los sistemas jurídicos especifican las oportunidades en que las decisiones judiciales pueden ser cuestionadas. Esto equivale a hacer posible una *res iudicata* que implica que la decisión es válida sin importar si en derecho ella es correcta o no[20]. Marmor sostiene que esto afirma la comprensión de los duros de la tesis de las fuentes, pero no parece darse cuenta que, en realidad, el argumento así entendido prueba mucho más. Es evidente que un tribunal puede, equivocadamente, decidir que la pena de muerte no es cruel, así como puede decidir que la internación de ciudadanos norteamericanos de origen japonés en los Estados Unidos durante la II Guerra Mundial o la doctrina de "separados pero iguales" no implican desigual tratamiento de las leyes. Como estas decisiones no pueden ser impugnadas jurídicamente, Marmor concluye que ellas no pueden ser legalmente erradas (porque no hay nada acerca del derecho respecto de lo cual se *puedan* equivocar), y que *ésta* es la razón por la que son válidas, que son inatacables porque no son incorrectas. En realidad es más sensato decir que esas decisiones no pueden ser impugnadas *a pesar* de ser equivocadas, y no porque no puedan ser equivocadas. De hecho, el mismo Marmor ha concedido esto en el argumento anterior: ¿no era el caso que las normas que hacen referencias a conceptos morales confieren potestades limitadas y dirigidas? ¿qué pasa si una corte viola esas limitaciones o no respeta esas directrices? ¿qué ocurriría si la Corte Suprema decidiera (invocando un argumento utilitarista tan obvio que es innecesario mencionarlo) que la pena de muerte debería ser declarada cruel porque es altamente ineficiente desde un punto de vista económico?

Pero el problema es más grave, porque el argumento de Marmor es aplicable en general no sólo a los estándares no basados en fuentes que dirigen y limitan las potestades legales sino a *todas* las normas. Por ejemplo:

---

[18] Véase Hart, *Concept of Law*, 141-147 [176-183].

[19] Marmor, *Positive Law*, 64.

[20] A hacer posible, en otros términos, una decisión *vinculante* (Raz, *Practical Reason and Norms*, 135s [155ss]).

> Donde una ley otorga el doble de las costas […] se calculan como sigue: las costas comunes, y luego la mitad de las costas comunes; si hay costas triples: 1º las costas comunes, 2º la mitad de éstas, 3º y luego la mitad de estas últimas[21].

Si ésta es la decisión final del tribunal, entonces el triple de 100 es 175 en lugar de 300 porque, como Hart señaló, después de la sentencia definitiva "la afirmación de que el tribunal se "equivocó" carece de consecuencias en el sistema"[22]. Pero ¿qué se sigue de esto? Lo único que se sigue es que el tribunal ha cometido un error o que ha usurpado las potestades del legislador. Lo que *no* se sigue es precisamente la conclusión que Marmor necesita: que la decisión de que "triple" significa "multiplicado por 1.75" vale y es incuestionable porque no es jurídicamente incorrecta. Lo atinado aquí es decir, por supuesto, que la decisión vale y es incuestionable *a pesar* de no ser jurídicamente correcta. La posibilidad de que la Corte Suprema se equivoque al identificar los castigos verdaderamente crueles (y de que lo que la Corte erradamente decida pueda adquirir autoridad de cosa juzgada), por consiguiente, podrá mostrar muchas cosas, pero no muestra que la obligación de los tribunales de derogar las leyes que establecen la pena de muerte es menos jurídica que la obligación de los tribunales de decidir que "triple" es "multiplicado por tres" (y no por 1.75). Si Marmor quisiera llegar a esta conclusión, entonces comenzaría a jugar al juego inventado por Hart, discreción del tanteador[23]. Y ciertamente a esto equivale el positivismo jurídico duro: total discreción para el juez, escepticismo radical[24]. Cómo se llega a esta posición escéptica, varía de acuerdo a la línea argumentativa escogida: puede ser porque hoy en día en la mayoría de los países occidentales la validez de las normas jurídicas depende de que cumplan con ciertos requisitos morales incorporados en la constitución (por lo que las leyes no son normas jurídicas, porque su existencia no puede ser fundada sólo en hechos sociales), o porque todas las leyes en estas circunstancias gozan solamente de una forma de validez *prima facie*, de manera que no obligan al juez (ni, ciertamente, a cualquiera) de manera concluyente, o porque la

---

[21] Un tal "Mr. Palmer", citado por Bentham, *Rationale of Judicial Evidence*, 311.

[22] Hart, *Concept of Law*, 141 [176].

[23] Véase *ibíd*., 144 [177].

[24] En sus momentos menos cuidadosos los duros parecen darse cuenta de su escepticismo radical. Así Raz: "Tal razonamiento [el que lleva a la conclusión de que el contenido del derecho es tal-y-cual] no puede por sí mismo fundar ninguna decisión judicial en los países del common law" (Raz, "Postema on law's autonomy"). Al respecto, véase Atria, *Law and Legal Reasoning*, 188-195 (Atria, "Del derecho y del razonamiento jurídico", 107-117). En otras palabras: del hecho de que de acuerdo al contenido del derecho el juez tenga el deber jurídico de fallar en contra del demandante no se sigue que jurídicamente el juez deba fallar en contra el demandante.

tesis de las fuentes implica el abandono de la distinción entre definitividad e infalibilidad, transformando nuestras prácticas legales en "discreción del tanteador". La conclusión es siempre la misma: en los sistemas jurídicos contemporáneos, los jueces no están jurídicamente vinculados al derecho legislado.

Los suaves

Aquí entran los positivistas suaves. Ellos parecen poder ofrecer una salida, porque sostienen que no hay razón alguna por la que un sistema jurídico determinado no pueda incorporar convencionalmente estándares morales a su regla de reconocimiento. Todo lo que los positivistas suaves necesitan sostener es que tal inclusión es contingente, *i.e*. depende de que la regla de reconocimiento, convencional como ella es, haga referencia a estándares morales como condiciones o requisitos de identificación del derecho.

Los duros replican que es incompatible con la "naturaleza" del derecho permitir la incorporación de estándares morales a la regla de reconocimiento, aun contingentemente, por dos razones: porque privaría al derecho de la capacidad para tener autoridad, y porque reduciría el derecho a la irrelevancia práctica (parece que ellos creen que el art. 1461 del Código Civil no es capaz de hacer ninguna diferencia práctica para el derecho de contratos). Sin embargo, como no estamos buscando razones para apoyar a una rama de la familia contra la otra, podemos ignorar este aspecto de la disputa.

El positivismo suave no necesita negar que los sistemas jurídicos contemporáneos se remiten a la moral; tampoco debe negar que las normas jurídicas cuya validez depende de que ellas satisfagan algún criterio moral sean realmente normas jurídicas. El positivismo suave corresponde a una versión también suave de la tesis de las fuentes, que insiste solamente en (1) que la moral puede ser incorporada al derecho si existe una convención para tal efecto, y (2) que si la moral es jurídicamente relevante, es *porque* hay reglas convencionales que la incorporan: es porque, por ejemplo, el derecho norteamericano incorpora una referencia a la cuestión moral de la crueldad en la pena que la moralidad de la crueldad en la pena es jurídicamente relevante; la convención puede modificarse, y también podría hacerlo la relevancia de la cuestión moral.

Antes de continuar con el argumento es necesario, por razones que luego serán evidentes, detenerse en el significado y alcance del "porque" destacado con cursiva en el párrafo anterior. Para aclarar su significado, es útil considerar la principal objeción presentada por H.L.A. Hart a la tesis de Hans Kelsen de la relación entre el derecho nacional e internacional.

Como es sabido, Kelsen creía que el derecho nacional y el internacional eran un solo sistema jurídico. Hart cita la siguiente afirmación de Kelsen:

"no es lógicamente posible asumir que normas simultáneamente válidas pertenecen a sistemas mutuamente independientes"[25]. Para Hart, ésta era "una de las doctrinas más sorprendentes que Kelsen haya expuesto en su *Teoría General del Derecho y el Estado*"[26].

Como Hart lo entendía, el principal argumento de Kelsen a favor de la unidad del derecho local y el internacional era que

> el derecho internacional contiene, entre sus normas, una que Kelsen denomina 'el principio de eficacia' que *determina* o *es la razón* de la validez del orden jurídico nacional[27].

Dicho en pocas palabras: primero llegamos a la conclusión (como lo hizo Kelsen) de que un sistema jurídico local existe cuando alcanza algún nivel de eficacia. Luego notamos que una norma de derecho internacional (el "principio de eficacia") autoriza a un individuo o grupo a crear y aplicar un ordenamiento jurídico basado en una constitución efectiva[28]. Parece entonces que podemos afirmar fundadamente que el primer sistema es válido *porque* es autorizado por el segundo sistema y concluir que ambos son dos secciones de uno y el mismo sistema, "un todo separable"[29].

Hart convincentemente argumentó que el razonamiento de Kelsen era defectuoso porque el hecho que la norma N1 *autorice* la norma N2 no es suficiente para sostener que N1 *valida* N2. Conociendo la existencia y contenido de estas dos normas todo lo que podemos concluir es que N1 "pretende validar" N2. Pero una "relación de pretensión de validación" no implica por sí misma una relación de validación. Esto puede ser probado fácilmente mediante un experimento mental:

> Supongamos que el Parlamento británico […] aprueba una ley (la Ley de Validez de las Leyes Soviéticas de 1970) que pretende validar las leyes de la Unión Soviética estableciendo que las leyes actualmente vigentes en territorio soviético […] serán válidas[30].

Simplemente con observar la existencia y el contenido de la Ley de Validez de las Leyes Soviética de 1970 no podemos concluir que el derecho soviético es válido en la Unión Soviética *porque* la ley británica lo valida. Por tanto, no podemos concluir que la ley británica *valida* el derecho so-

---

[25] Kelsen, *General Theory of Law and State*, 363, citado por Hart, "Kelsen's doctrine", 309n2 [105n2].

[26] Hart, "Kelsen's Doctrine", 309 [105].

[27] *ibíd*., 318 [114s].

[28] Kelsen, *ibíd*., 215, cit. por Hart, *ibíd* 318 [115].

[29] Kelsen, *ibíd*., 351, cit. por Hart, *ibíd* 318 [115; la traducción española dice aquí "un todo inseparable" (*sic*); Hart cita "one separable whole"].

[30] *ibíd*., 319 [116].

viético; todo lo que podemos concluir es que esa ley *pretende* validar al derecho soviético. La conclusión de que N1 *valida* (en lugar de *pretende validar*) N2, por tanto, no puede obtenerse sabiendo sólo de la existencia y el contenido de ambas normas. Una relación de pretensión de validación corresponde a una relación de validación cuando la autorización concedida por N1 es considerada por los jueces y otros funcionarios como una *razón* para reconocer la validez de N2. Esto, desde luego, no es más que una aplicación de las explicaciones de Hart sobre el aspecto interno de las reglas. En el contexto de una práctica jurídica determinada es posible decir que una norma valida a otra cuando el hecho de que la segunda ha sido creada del modo o en las condiciones dispuestas por la primera es considerado, por los integrantes de esa práctica, como (parte de) el fundamento de la validez de la segunda. Como lo dijo Hart, en adición a conocer de la existencia y del contenido de las reglas involucradas

> Lo que se necesita para que nos podamos mover desde 'esta ley pretende validar leyes aprobadas por *X*' a 'las leyes aprobadas por *X* de hecho obtienen su validez de esta ley', es que los tribunales o las agencias encargadas de la identificación del derecho en el territorio en cuestión reconozcan una ley particular que pretende conferir potestades a *X* y la traten como una razón para reconocer también las reglas que pretende validar[31].

Por lo tanto la tesis del positivista suave de que en ciertos casos los argumentos morales son jurídicamente pertinentes porque una convención los ha incorporado a la regla de reconocimiento no es sólo una tesis que afirma la existencia de la convención y la relevancia de esas consideraciones. La tesis debe ser que la relevancia jurídica de esas consideraciones morales tiene un fundamento convencional en el sentido de que la convención es, para "los tribunales y las agencias identificadoras de derecho del territorio respectivo" la razón por la cual esas consideraciones morales son relevantes.

Positivismo suave por estipulación. Hay buenas razones para creer que nuestras prácticas jurídicas son tales que la importancia de las consideraciones morales en la aplicación de las reglas jurídicas no es contingente en el sentido que no es algo que pueda ser erradicado con sólo cambiar el contenido de las leyes aplicables. De hecho esto es algo que se ha intentado y ha fracasado[32]. Estas razones, sin embargo, no serán examinadas aquí, porque los positivistas suaves podrían replicar que esto puede ser verdad en lo que concierne a todos los sistemas jurídicos con los que estamos familiarizados,

---

[31] Hart, "Kelsen's Doctrine", 337 [135].

[32] Me refiero aquí al impulso detrás del movimiento codificador, que buscaba precisamente hacer de la aplicación de las reglas (codificadas) una labor totalmente mecánica. Desarrollo esta cuestión con cierto detalle en Atria, *Law and Legal Reasoning*, 115-120.

pero no es necesariamente (*i.e.* "conceptualmente") verdad. Como ha sostenido recientemente José Juan Moreso,

> la remisión a la moralidad es un rasgo contingente y no necesario de los sistemas jurídicos. Dicha remisión es un rasgo sobresaliente de los sistemas constitucionales contemporáneos y [...] de otros muchos sistemas jurídicos. Pero lo que no hallo [...] es un argumento concluyente para afirmar que es un rasgo definitorio, necesario, de todos los sistemas jurídicos. Si son concebibles, posibles, sistemas jurídicos sin remisión alguna a la moralidad, entonces la tesis de la separación conceptual entre el derecho y la moral es verdadera (en la versión de la negación externa) y, por lo tanto, también es compatible con ella la tesis de las fuentes sociales, en su versión débil[33].

Moreso hace descansar la plausibilidad del positivismo suave en el hecho de que sea *concebible*, *posible* una práctica jurídica sin remisión a la argumentación moral en el momento de aplicación. Si este argumento es correcto, entonces el positivismo suave es plausible, porque podemos encontrar prácticas que son lo suficientemente parecidas con las prácticas que identificamos con la palabra "derecho" en las que no habían referencias relevantes a consideraciones morales. Creo que el derecho romano antiguo es un ejemplo de ello[34]. Para los positivistas suaves esta concesión termina la discusión: el suave, como Moreso, no sostiene que los sistemas jurídicos con los que estamos familiarizados no hacen referencia a la moral. De hecho el positivista suave no necesita siquiera sostener que ha existido en la historia una práctica jurídica inmune a la argumentación moral[35]. Jules Coleman ha sostenido la misma tesis de Moreso:

> la tesis de la separación compromete al positivismo con la propuesta de que existe al menos un sistema jurídico en el cual la regla de reconocimiento no especifica la existencia de un principio moral entre las condiciones de verdad de cualquier proposición de derecho. Para que el positivismo sea verdadero, entonces, sólo necesitamos poder *imaginar* un sistema jurídico en el que la existencia de un principio moral no es condición de legalidad para cualquier norma: esto es, mientras se mantenga la idea de un sistema jurídico en el que la verdad moral no es una condición de validez no lleva implícita una contradicción[36].

Aquí el argumento contra el positivismo suave no es que esa idea es contradictoria. La pregunta debe ser otra: ¿Por qué esto es importante? ¿Por qué

---

[33] Moreso, "A Brilliant Disguise".

[34] Véase Atria, *Law and Legal Reasoning*, 49-60.

[35] Porque le basta la posibilidad conceptual de que existiera, aun si fuera el caso que esa posibilidad conceptual nunca se ha materializado en la práctica. Si adicionalmente esa posibilidad conceptual se ha materializado, el argumento del positivista suave parece hacerse más fuerte.

[36] Coleman, "Negative and Positive Positivism", 29 (el destacado es agregado).

el hecho de que una "práctica jurídica" tal sea *imaginable* o haya existido cerca de dos mil años atrás nos enseña algo acerca del derecho?[37].

La razón por la cual la pregunta anterior es relevante puede quizás ser aclarada con una analogía. Con un argumento parecido al del positivista suave, uno podría decir que la conexión entre el concepto de propiedad y el derecho del dueño de excluir a otros del uso de la cosa de su propiedad es contingente, porque podemos imaginar al menos un caso en que el dueño no tenga ese derecho. En consecuencia, la conexión entre ser dueño de una cosa y tener derecho a excluir a otros de su uso y goce, podríamos decir, es simplemente contingente; el hecho de que en la mayoría de los sistemas jurídicos la posición de dueño de una cosa normalmente implique el derecho del dueño a excluir a otros del uso y goce de la cosa no nos enseña nada sobre el "concepto" de propiedad.

Aquí, como antes, debe ser concedido que en algunos casos los propietarios no tienen derecho a excluir a otros del uso de la cosa. De ahí, sin embargo, no se sigue la conclusión de que la posibilidad de excluir a otros del uso y goce de la cosa es irrelevante desde el punto de vista de la caracterización del concepto de propiedad. En realidad equivale a una estipulación sobre el uso de la palabra. En efecto, la "tesis de la separación" en relación con el dominio no dice nada acerca del dominio, pero sí acerca de "dominio", *i.e*. acerca de la *palabra* "dominio". Supongo que si uno fuera a desarrollar una teoría del dominio sería sensato entender que el derecho del dueño a excluir a otros del uso de la cosa y la facultad de éste de hacer con la cosa lo que desee estarían en el centro del análisis; *después* de desarrollar una teoría a partir de elementos centrales como éstos uno tendría que tratar de acomodar los casos especiales en los que ellos no están presentes; se tratará, por ejemplo, de limitaciones internas del derecho de dominio (*e.g*. sólo parece ser dueño pero es en realidad usufructuario), de casos excepcionales en que por consideraciones externas al dominio éste se ve limitado en su intensidad, de la función social del dominio, etc. Seguramente sería absurdo comenzar al revés, declarando que hay una separación conceptual entre el "concepto" de dominio y todas y cada una de las potestades que el dueño típicamente tiene, y después tratarlas como si fueran simplemente disposiciones contingentes, al mismo nivel conceptual que el lapso exigido por la ley para adquirir por *usucapion*.

El mismo razonamiento se aplica a la tesis de la separabilidad. A la pregunta de si esas prácticas imaginarias de Coleman, o las prácticas jurídicas concebibles o posibles de Moreso, son instancias que deben ser consideradas como casos tan centrales de "derecho" como los sistemas jurídicos de-

[37] Creo que el mismo argumento está en Waldron, "Normative Positivism", 220-222.

sarrollados que conocemos, los positivistas suaves no pueden sino responder con una estipulación de acuerdo a la cual como todas ellas son etiquetadas con la palabra "derecho", todas ellas son igualmente centrales. No importa que la referencia a conceptos morales sea una de las características centrales de todas las prácticas jurídicas que conocemos, es simplemente contingente y desprovista de cualquier interés "conceptual". Así es como debemos usar la palabra "derecho". La tesis suave de la separabilidad es en consecuencia una definición puramente estipulativa, y como tal tan inobjetable como poco interesante.

Deformación como precio de la coherencia. Algunos positivistas suaves aceptan un argumento como el anterior, sosteniendo que "si el positivismo ha de ser una tesis interesante, debe aceptar, pero ir más allá de, la tesis de la separación"[38]. La manera de ir más allá es insistir en la naturaleza convencional del criterio de validez. Aquí nos desplazamos a la segunda implicación de la postura del positivismo suave: si la moral es jurídicamente relevante es *porque* existe una convención para esos efectos.

Recuérdese, nuestro ejemplo estándar ha sido la octava enmienda a la constitución de Estados Unidos, que prohíbe al legislador imponer "penas crueles e inusuales". Como hemos visto, la cláusula "cruel e inusual" incorpora la moral al derecho norteamericano, pero lo hace en una forma convencional, dice el positivista suave: sólo porque los norteamericanos están de acuerdo en sujetar la validez de las reglas punitivas a un estándar de justicia y decencia especial es que ese estándar de justicia y decencia especial es parte del derecho.

Las cosas, sin embargo, no son tan simples: en realidad es difícil decir que en la practica norteamericana haya una convención según la cual la referencia a "castigos crueles o inusuales" deba ser entendida como una referencia al concepto moral de crueldad. Hay quienes creen que la octava enmienda hace referencia a hechos tales como las creencias o intenciones de los *founding fathers* u otras cosas por el estilo. Ésta es una materia controvertida en el derecho constitucional norteamericano. Los así llamados "interpretativistas", creen que el concepto moral de crueldad es constitucionalmente relevante a pesar de saber mejor que los teóricos del derecho que hay desacuerdo al respecto al interior de la práctica jurídica norteamericana, y los llamados "no-interpretativistas" creen que no hay nada moral involucrado en la determinación de si el contenido de una pena es cruel, lo que debe ser respondido sobre la base de las intenciones originales de los

[38] Coleman, "Authority and Reason", 316.

constituyentes[39]. Por lo tanto, en esta materia, si hay una cosa en que ambos parecen estar de acuerdo es en la falsedad de la tesis del positivista suave: ambos creen que la moral de la crueldad (aplicada a las penas) no es parte del derecho constitucional norteamericano en virtud de razones convencionales.

Si no existe tal convención, los positivistas suaves podrían retroceder y sostener que la tesis de la separación implica que la posición por defecto es que la moral no está incorporada (se necesita una convención para incorporar la moral, no se necesita una convención para no incorporarla). En consecuencia, el hecho de que exista desacuerdo haría del positivista suave un originalista. Pero es claro que los positivistas suaves querrían que su teoría acerca del "concepto" del derecho fuera agnóstica en materias como estas, y tendrían una buena razón para ello: los abogados norteamericanos (chilenos, argentinos) probablemente tienen mayor conocimiento del derecho norteamericano (chileno, argentino) que los teóricos del derecho.

¿Qué podría responder el positivista suave en este punto? Podría reclamar que estamos tratando de un caso de los que Hart denominó de incerteza sobre la regla de reconocimiento. La regla de reconocimiento es una práctica, y no hay razón para que esa práctica deba caracterizarse por límites precisos y contenidos claros e incontrovertibles para todos[40]. Pero el precio pagado para obtener coherencia de este modo es muy alto. Recordemos que el asunto es determinar cómo debemos entender (supongamos) disposiciones constitucionales que establecen lo que parecen ser limitaciones substanciales a la potestad legislativa, tal como la octava enmienda a la constitución de Estados Unidos, o una lista de derechos fundamentales y sus semejantes común en prácticamente todas las constituciones escritas. No podemos afirmar que esta es una cuestión marginal[41]. Pero una teoría convencionalista del derecho puede aceptar la incerteza en la regla de reconocimiento sólo cuando es marginal:

> Aquí, en la periferia de estas cosas verdaderamente esenciales, deberíamos dar la bienvenida al escéptico ante las reglas, mientras él no olvide que es en la periferia donde es bienvenido[42].

---

[39] Al usar estas etiquetas no las hago mías (las usa, por ejemplo, Ely, *Democracy and Distrust*, 1). En realidad, creo que ellas son tendenciosas (véase Dworkin, "Forum of Principle", 34-38), pero por razones que no tienen que ver con el argumento desarrollado aquí.

[40] Véase Hart, *Concept of Law*, 147-154 [183-191].

[41] De hecho, ni siquiera es claro lo que "marginal" puede significar en este contexto: véase Waldron, "Normative Positivism", 421-2.

[42] Hart, *Concept of Law*, 154 [191].

¡Pero esto está siendo olvidado no por el invitado escéptico ante las reglas, sino por el anfitrión positivista suave! El sentido en que deben ser entendidas las reglas constitucionales que (*e.g*) garantizan derechos no es una cuestión que esté en la periferia de nuestras prácticas jurídicas (quizás estaba en la periferia de las prácticas jurídicas de principios del siglo XX[43]). Los positivistas suaves están dando la bienvenida al escéptico ante las reglas en el núcleo mismo de nuestras prácticas jurídicas, obteniendo de este modo coherencia al alto precio de la deformación[44]. Ellos deben sostener que no hay respuesta jurídica a la pregunta de si las disposiciones constitucionales que protegen derechos (etc.) deben ser entendidas como haciendo referencia a la mejor teoría de los derechos fundamentales o la democracia, o a las intenciones del redactor o cosas por el estilo. En consecuencia, un juez que tiene que elegir entre estas interpretaciones no puede cometer un error de derecho. Y nótese que esta inestabilidad se comunica a todo el ordenamiento jurídico, al menos cuando la constitución hace depender la validez de las leyes de su respeto de esas disposiciones constitucionales.

Aquí debemos notar que esta conclusión escéptica es extraña viniendo de autores que creen pertenecer a una tradición *positivista* del derecho. En su momento explicaré cuál es el camino a través del cual, a partir de una visión positivista que reclamaba para el derecho autonomía de la moral, es posible llegar a las conclusiones escépticas a las que llegan los positivistas contemporáneos. Pero antes de eso debemos volver a los orígenes del positivismo jurídico, para apreciar la distancia que hay entre lo que hoy llamamos positivismo y eso que el positivismo en sus orígenes pretendía lograr.

II. El positivismo como teoría del derecho moderno

La versión inglesa del positivismo jurídico nació con la crítica de Bentham al *common law*[45]. Esta crítica no estaba (sólo) dirigida contra el contenido del derecho inglés, como si Bentham hubiera creído que algunas de sus doctrinas o principios fueran contrarias al principio utilitarista (algunas veces "repugnaban a las finalidades de justicia"[46] y otras no, pero las objeciones de Bentham eran generales). Era una crítica a la concepción del derecho subyacente al *common law*. La radicalidad del argumento de Bentham

[43] Véase Atria, "La impureza de la aplicación del derecho", 165-186.

[44] Lo mismo, en otras palabras, que Hart reprochaba a Kelsen (particularmente a su afirmación de que todas las normas jurídicas pueden reducirse a "normas primarias": "distorsión como precio de la uniformidad"). Véase Hart, *Concept of Law*, 38 [50].

[45] Lo que desde luego no implica sostener que no hubo predecesores (como *e.g.* Hobbes, *Leviathan*, Ch 26 [217]: "la ley en general no es consejo, si una orden"). Véase Hart, "Demystification of the Law", 27-28.

[46] Bentham, *Rationale of Judicial Evidence*, 204.

residía en el hecho de que estaba introduciendo una concepción distinta, característicamente *moderna* del derecho, conforme a la cual el *common law* no era derecho o era a lo sumo una forma primitiva de derecho. Por eso tanto Bentham como sus oponentes utilizaban un lenguaje que a veces induce a pensar que la diferencia entre ellos era conceptual, que el debate era una "debate *analítico* entre los proponentes de la legislación y los defensores de la costumbre"[47]. Esto es, a mi juicio, un error. El debate no era analítico sino político, y para entenderlo debemos entender las diferencias entre una concepción premoderna y una moderna del derecho. Así entenderemos la conexión entre la idea central de la tradición positivista y la concepción moderna del derecho, y entenderemos por qué esa idea era (y sobretodo *es*) importante. Las consideraciones que siguen no son importantes por su sentido biográfico. De hecho, hoy hay poco desacuerdo en que el positivismo de Bentham es un positivismo de fundamentos éticos y no analíticos.

Una concepción moderna del derecho

El hecho que la primera formulación de la crítica de Bentham al *common law* apareciera impresa en 1776 es una coincidencia de profundo significado histórico. 1776 fue también el año en que la idea de la artificialidad y la contingencia de lo político irrumpió en la historia. Desde 1776 entendemos que la comunidad política es una condición artificial, no natural. Desde 1776 nuestras prácticas jurídicas y políticas están fundadas en "el reconocimiento de que la esfera política no nace automáticamente del hecho de la coexistencia"[48]; necesita estar artificialmente constituida.

Esta es la idea que los revolucionarios norteamericanos anunciaron al mundo en 1776: que los hombres estaban naturalmente dotados de derechos pero que también eran vulnerables, por lo que la protección de esos derechos justificaba que los hombres constituyeran gobiernos, reteniendo su derecho, si les parecía adecuado,

> a reformarlo o abolirlo, a instituir un nuevo gobierno, y a organizar sus poderes de la forma en que a su juicio garantice mejor su seguridad y felicidad[49].

---

[47] Waldron, "Custom Redeemed by Statute", 95. Postema sostiene que las críticas de Bentham tenían un fundamento utilitarista, no analítico (Postema, *Bentham and the Common Law*, 296). Es decir, que Bentham formula una ontología buscando argumentos en su ataque al *common law*. Esto ha sido discutido por Moreso, quien cree que la relación es inversa: "la distinción benthamita entre entidades ficticias propiamente tales y entidades fabulosas es una distinción ontológica y lingüísticamente bien fundada", y es esta distinción la que fundaría la crítica del common law (Moreso, *La Teoría del Derecho de Bentham*, 136).

[48] Arendt, *On Revolution*, 19 [19].

[49] *Declaración de Independencia Norteamericana* (1776).

Como la asociación política se entendía ahora como artificial y contingente, el derecho requería un nuevo fundamento: la ley ya no podía ser entendida como el producto de una cuidadosa atención a la racionalidad intrínseca de las relaciones humanas; la ley no era algo dado, inmanente en la naturaleza de manera que el discurso jurídico debía considerarse como una forma de describirlo correctamente; la ley era la voluntad del soberano. El art. 1 del Código Civil Chileno no puede ser más explícito:

> La ley es una declaración de la voluntad soberana que, manifestada en la forma prescrita por la constitución, manda, prohíbe o permite.

Es la ley la que manda prohíbe o permite. El derecho (las órdenes, prohibiciones o permisiones) fluyen de la ley; las reglas jurídicas ya no son *regulae iuris* romanas, que se limitaban a describir órdenes, prohibiciones o permisiones que existían con independencia de ellas (para facilitar su aplicación e identificación). Y esta ley manda, prohíbe o permite lo que el soberano desea mandar, prohibir o permitir. La ley, tal como la esfera política misma, es artificial, no natural. Una regla no es válida porque es razonable, sino porque es deseada por el soberano: *auctoritas, non veritas, facit legem*. En consecuencia, las normas jurídicas ya no pueden ser entendidas como el reporte de quien ha destinado su vida al estudio de la racionalidad intrínseca de las relaciones humanas, ellas son la ley en el sentido que ellas *constituyen* el derecho. No hay razón intrínseca en la legislación[50].

---

[50] La visión del derecho premoderno que subyace a esta sección está fuertemente influida por Detmold, "Law as Practical Reason". Para la idea de *regulae iuris* romana, véase Digesto 50.17.1.pr: "una regla es algo que describe brevemente una cosa. El derecho no surge de la regla, sino la regla del derecho". He discutido esta idea de las reglas en Atria, *Law and Legal Reasoning*, 150-159. Por supuesto no estoy diciendo que el derecho fue no-contingente hasta el 3 de julio de 1776 y comenzó a ser entendido como contingente el 4 de julio de ese año. Las prácticas jurídicas pre-revolucionarias habían comenzado a entender, producto del absolutismo, al derecho como órdenes del soberano. Pero que en la práctica jurídica comiencen a ser discernibles nuevas tendencias no equivale a que la práctica jurídica se conciba a sí misma de la manera que "corresponde" a esas tendencias. La evolución es más lenta: usualmente factores extraños al derecho impulsan ciertas formas jurídicas novedosas, que existen por un tiempo de modo no teorizado en el contexto de un sistema a cuyos principios fundamentales hacen excepción. Al cabo de un tiempo esas excepciones comienzan a ser teorizadas, hasta que ellas dejan de ser excepciones y comienzan a configurar los aspectos centrales de una nueva forma de comprender el derecho. Esa nueva forma inicialmente es defendida por elementos marginales de la cultura jurídica, pero en algún momento (si la transición ha de ser exitosa) se hace dominante en la academia y comienza a dominar el modo en el cual los futuros jueces y abogados son educados (este es el momento en que esa nueva visión del derecho alcanza lo que más adelante llamaré su "mayoría de edad"). Con el tiempo, estas ideas dominantes en la academia se hacen dominantes en la práctica en general (por supuesto, no estoy ofreciendo esto como una gran teoría de la evolución del derecho, sino como una manera de comprender el modo en que las maneras de comprender el derecho evolucionan. Lo que quiero enfatizar es que el impacto del hecho político en los modos de comprensión de los participantes está mediado, al menos en las

Como las leyes, que pueden ser creadas a voluntad por el soberano, constituyen y no describen el derecho, éste se hace contingente: "tres palabras rectificadoras del legislador son suficientes para transformar bibliotecas enteras en escombros", en la radical frase de von Kirchmann[51]. Era necesaria entonces una comprensión radicalmente distinta de la autoridad del derecho y del razonamiento jurídico.

Esta nueva comprensión tenía que abandonar (o al menos degradar a un rol subordinado) la noción de la razón "artificial" del derecho, que era una forma especial de conocimiento práctico administrado por abogados y jueces (quienes de hecho lo usaban, al menos según Bentham, para fomentar sus "siniestros intereses" de grupo[52]). Para abandonarla, tenía que enfatizar la naturaleza positiva del derecho, el hecho de que la ley debía ser obedecida no porque fuera intrínsecamente razonable (*i.e*. porque describiera correctamente la racionalidad intrínseca de las relaciones humanas), sino porque descansaba en la autoridad del soberano. Por supuesto, esto hipotecaba cualquier seguridad de la corrección material del derecho, y por esta razón la consigna de un buen ciudadano bajo el gobierno de las leyes era "obedece puntualmente, censura libremente"[53].

Esta comprensión moderna del derecho estaba en directa oposición a la tradicional auto-comprensión del *common law*. Según esta última, el derecho era una especial combinación de lo universal y lo particular. El derecho era universal en la medida que podía reconducirse a los principios universales de justicia y razón. En este sentido el derecho se entendía a sí mismo como natural: el derecho era el producto de la razón en la historia, *i.e.* en tiempo y lugar.

Aquí la universalidad de los principios de la razón se unía a lo particular de las doctrinas del *common law*: si el derecho era el producto de la razón natural, universal, ¿cómo podía entenderse que fuera distinto en cada país? Los principios básicos del derecho natural podían ser descubiertos a través de la razón, y de esos principios otros principios podían ser deducidos. Pero

---

culturas jurídicas donde el derecho es un objeto de reflexión y los participantes principales de las prácticas jurídicas reciben educación formal, por la teorización sobre la prácticas. Véase, para un ejemplo, la interpretación de la evolución seguida por el derecho norteamericano durante el siglo XX narrada por en Ackerman, *Reconstructing American Law*).

[51] Von Kirchmann, *La Jurisprudencia no es Ciencia*, 29. Algo de esta idea de von Kirchmann aparece cuando un estudiante va a estudiar derecho al extranjero, en la pregunta indefectible del lego: "¿de qué sirve, si las leyes son diversas?". En su momento deberemos explicar qué es lo que el lego y von Kirchmann ignoran. La frase de von Kirchmann, como sabe cualquier abogado, no es falsa sino exagerada.

[52] Bentham, *Rationale of Judicial Evidence*, 10-11.

[53] Bentham, *Fragment*, 230.

(algunas de) las reglas y doctrinas del *common law* eran propias de los ingleses, y por esa razón no podían ser racionalmente deducidas de los principios universales. ¿Cómo podían justificarse? ¿Cómo podía un abogado inglés justificar racionalmente el contenido del *common law* ante un abogado veneciano, cuando ambos discrepaban, si ninguno de ellos podía alegar que el derecho de su país se deducía racionalmente de los primeros principios de la razón práctica? Ambos derechos, el inglés y el veneciano, eran de hecho inconmensurables, porque ambos eran igualmente particulares. El abogado inglés y el veneciano, sin embargo, podían

> recurrir al último refugio del científico social cuando se enfrenta a casos de inconmensurabilidad: podían cuantificar. Si las leyes de Inglaterra eran efectivamente más antiguas que las de Venecia y se habían aplicado continuamente por mayor tiempo, podía concluirse que más hombres, durante más años y en más ocasiones, habían testificado silenciosamente en su favor[54].

Esto explica la importancia del derecho consuetudinario. El valor de la costumbre como fuente del derecho radicaba en que ella era el precipitado de experiencia inmemorial. El *common law* era el resultado de incontables generaciones de ingleses que habían llegado a la conclusión de que ésa era la mejor manera de entender las exigencias de la razón natural aplicadas a las especiales circunstancias de los ingleses:

> No podemos dar la 'razón' por la que una costumbre es buena o mala; sólo podemos decir 'hay razón para creer' que es buena (porque se ha mantenido) o mala (porque se abandonó). Esto es lo que Edmund Burke [...] llamaría razonamiento 'prescriptivo' o 'presuntivo'. Como una costumbre o una institución en particular tenía una pretensión 'prescriptiva' –*i.e.* ya estaba en uso– eso contaba como una 'presunción' a favor de ella; presumimos que se ha considerado que funciona bien. A mayor tiempo de existencia de la costumbre, mayor la presunción a su favor[55].

Por esto las reglas jurídicas y la doctrina no eran entendidas en el sentido normativo en que las entendemos hoy: ellas no constituían el derecho, sino que eran reglas de experiencia (*rules of thumb*), vale decir, no eran normas sino indicios que permitían determinar lo que era el derecho (*i.e.* la mejor comprensión de los principios universales del derecho natural aplicados a las circunstancias de los ingleses) con independencia de ellas[56]. Si de acuerdo a una costumbre inmemorial X era la ley, esto se debía a que X era, de acuerdo a la razón natural, apropiada para Inglaterra como lo testificaban

---

[54] Pocock, *The Machiavellian Moment*, 15-16.

[55] *ibíd*., 15].

[56] La idea de reglas que en realidad son proposiciones normativas, esto es, descripciones de lo que el derecho es con independencia de las reglas, es (aunque no en estos términos) uno de los temas discutidos por Stein, *Regulae Juris*.

todos aquellos que a través de su comportamiento habían contribuido en el pasado a la formación y mantención de la costumbre, y no porque la costumbre haya creado una norma jurídica que antes no existía. La regla o doctrina era un reporte (de jueces anteriores en el caso de los precedentes, de legos en el caso de la costumbre, del Parlamento en el caso de una ley creada por el Parlamento) sobre lo que se consideraba razonable en esas circunstancias. La ley se entendía *intrínsecamente* vinculada a una razón[57].

Así se explica la famosa frase de Coke

> Que en muchos casos, el *common law* controla las leyes del Parlamento, y en algunas oportunidades resuelve que son nulas: puesto que cuando una ley del Parlamento es contraria al derecho común y a la razón [common right and reason], o repugnante, o imposible de realizar, el *common law* la controlará, y la declarará nula[58].

Aunque en cierto modo el *common law*, al declarar nulas ciertas leyes, estaba limitando la autoridad del parlamento, la importancia de la tesis de Coke radica en el hecho de que, como el *common law* no debía su autoridad al parlamento (sino al contrario) era la actividad de éste lo que debía ser entendido a la luz de aquél. En otras palabras, la autoridad del Parlamento era entendida como hoy entenderíamos la de un tribunal supremo: ella se fundaba en que sus decisiones reflejan el derecho previamente aplicable, aun cuando ellas pueden gozar de la autoridad de cosa juzgada aun cuando fueran equivocadas[59]. Ahora bien, como lo que la razón requería en esas circunstancias no era deducible de los primeros principios de la razón natural sino aprendido a través de la experiencia inmemorial, el *common law* era altamente técnico:

> El conocimiento de casos concretos y el discernimiento de cómo han de ser aplicados en ellos los principios es un proceso intelectual totalmente diferente del conocimiento de los principios y la deducción de sus consecuencias lógicas. De hecho, apenas puede ser considerado un proceso intelectual; es sólo materia de prueba y error, ya que lo buena que es una norma consuetudinaria no se prueba con su verificación racional, sino con el simple hecho que se mantiene en uso. Es por ello que el conocimiento de un abogado no se puede reducir al conocimiento de algunos principios y sus consecuencias; el conocimiento ha de versar sobre qué principios se mantienen, y cuales son las consecuencias técnicas de su mantención más que sus consecuencias lógicas[60].

Este conocimiento técnico era el lenguaje usado para entender el derecho. Las categorías y conceptos técnicos eran receptáculos de experiencias

---

[57] Detmold, "Law as Practical Reason", 36-40.

[58] Coke, *Dr. Bonham's Case*, 275.

[59] Detmold, "Law as practical reason", 41-50.

[60] Pocock, *The Machiavellian Moment*, 16.

antiguas, y como tales, las nuevas reglas o la doctrina debían entenderse y aplicarse a través de ellas, en términos de ellas. Por eso la pretensión de Coke, al decir que el *common law* podía declarar nulas leyes del Parlamento, no ha de ser entendida como una forma de limitar la autoridad legislativa del Parlamento (Coke, entonces, no es un antecesor del Juez Marshall en *Marbury v. Madison*), sino como la consecuencia obvia del hecho de que lo que el Parlamento hace cuando dicta una ley es intentar determinar qué es lo razonable en las circunstancias. Como ésa es la manera en que debemos entender lo que el Parlamento hace, es posible que el Parlamento yerre, en el mismo sentido en que una decisión judicial puede errar si no refleja las leyes aplicables[61]; tal como en el caso de un tribunal, sin embargo, esto no significa que una decisión por ser errada sea inválida. Tal como una juez *qua* juez debe entender que su decisión debe reflejar la ley aplicable de manera que si no lo hace es errónea, si una ley del Parlamento era contraria al derecho común y la razón, podía entonces asumirse que el Parlamento realmente no quería que se transformara en derecho. Coke cita a Herle:

> Algunas leyes son establecidas contra el Derecho Común y el derecho, de manera que quienes las crearon no las habrían puesto en vigor[62].

Por lo tanto, cuando el *common law* "declara nula una ley del Parlamento" no está imponiendo a la potestad legislativa del Parlamento un límite externo, sino entendiendo lo que ésta ha producido de acuerdo a la finalidad que el Parlamento debe haber tenido en mente al legislar. Para usar el ejemplo de J.S. Mill, el *Almanaque Náutico* puede servir como guía para el marino porque contiene información útil para éste. La información es útil, porque facilita el conocimiento de algo (*i.e.* la posición de las estrellas) que es como es con independencia del almanaque. Parafraseando a D. 50.17.1.pr: no es que la posición de las estrellas fluya del almanaque, el almanaque fluye de la posición de las estrellas[63]; el almanaque no vale en sus propios términos, vale porque en él se contiene una correcta descripción de la posición de las estrellas tal que permite a los marinos calcular su latitud. El almanaque, como la regla romana, no tiene fuerza normativa propia: es un mecanismo que permite ahorrar tiempo (y esfuerzo, etc). Por eso si en el almanaque hay un error[64] no tendría sentido decir que sus autores han sobre-

---

[61] Detmold, "Law as Practical Reason".

[62] Sheppard, *The Selected Writings of Sir Edward Coke*, 275.

[63] Véase Mill, *Utilitarianism*, Ch 2 [73]: "Nadie argumenta que el arte de la navegación no se funda en la astronomía, porque los marinos no pueden esperar a calcular el Almanaque Náutico. Siendo criaturas racionales, se adentran en el mar cuando ya lo tienen calculado".

[64] O, como imagina J.C.C. Smart, si el movimiento del sol, la luna y los planetas fuera muy similar, como lo es hoy, pero en algunas ocasiones hubiera irregularidades particulares,

pasado los límites substantivos de su autoridad. Lo que diríamos es lo que Herle dijo según la cita de Coke, que de haber sabido lo que ahora sabemos, no habrían hecho o dicho lo que hicieron o dijeron

Como sostiene correctamente Detmold, nuestros ojos modernos no deben llevarnos a atribuir a Coke más de lo que debemos[65]. En particular es importante destacar que la tesis de Coke sobre la razón artificial del derecho no es una tesis sobre la extensión de los poderes institucionales de los jueces en relación a los del Parlamento[66]. El punto aquí no consiste en determinar hasta dónde llega la obligación del juez de aplicar las leyes del Parlamento, sino la forma en que se entiende y justifica la autoridad no sólo del Parlamento y del juez, sino del derecho en general. Es así como Blackstone compartía la comprensión de la autoridad del derecho de Coke pero eso no le impidió reconocer supremacía al Parlamento:

> Sé que es ampliamente aceptado que las leyes del Parlamento contrarias a la razón son nulas. Pero si el Parlamento establece de manera positiva que un acto irracional debe hacerse, no conozco potestad alguna dentro de la Constitución que esté facultada para controlarlo[67].

En términos estrictos, la pretensión de Coke según la cual el derecho común puede declarar las leyes establecidas por el Parlamento nulas si son contrarias a la ley común y la razón es compatible con la pretensión de Blackstone de que no hay autoridad competente sobre el Parlamento que pueda efectuar tal declaración. Para hacerlo basta con entender que el "puede" de Coke no hace referencia a una potestad institucionalmente reconocida sino al *status* del *common law* en relación al derecho legislado (o a decisiones judiciales particulares, de hecho), y que lo que Blackstone enfatiza no es que el parlamento sea infalible sino que sus decisiones son definitivas. La cuestión es más clara si se reemplaza la expresión "derecho común" por "ley" en la frase de Coke y se aprecia el sinsentido que resulta. La frase "la ley controla las leyes del Parlamento, y en algunas oportunidades resuelve que son nulas" sería absurda no porque sea contraria a alguna regla secundaria de adjudicación, sino porque la ley, creada por el legislador, no puede constituir un punto de vista desde el cual controlar las decisiones del legislador. La tesis de Coke es que el *common law* sí constituye un punto de vista que

---

de manera que los cálculos del almanaque fuesen correctos en el 99% de los casos. Véase la discusión sobre las reglas de experiencia (rules of thumb) en Smart, "Utilitarianism", 176-183 [255-265].

[65] Detmold, "Law as Practical Reason", 445.

[66] *ibíd.*, 449ss.

[67] *Commentaries on the Laws of England* (ed. Tucker), Philadelphia, 1808, vol. I, secc. 3.3.

lo permite. O, para decirlo de otro modo, una cosa es aceptar que, en virtud del tipo de autoridad que detenta, las decisiones del Parlamento (o los datos relevantes en una copia del almanaque) puedan ser erróneas en sus propios términos y una distinta es creer que un juez (o un marinero en el mar) está en una posición correcta para identificar el error y actuar sobre la base de esa identificación. De esta manera, puede ser perfectamente razonable que los jueces *no* tengan la autoridad para declarar las leyes del Parlamento nulas (¡aún cuando puedan serlo!), así como puede ser sensato que el policía no tenga la potestad de declarar nulas las decisiones del juez cuando crea que son incorrectas (aunque puedan serlo), o que el armador ordene a sus capitanes que en el mar sigan el almanaque aun cuando crean que han encontrado en él un error (aunque pueda haberlo). Para esto basta notar que cuando el juez, el policía o el capitán creen haber encontrado una decisión errada del legislador, del juez o del redactor del almanaque es también posible que la decisión sea correcta y que sean ellos los equivocados. Si esta segunda situación es más probable que la primera, puede ser sensato que, como cuestión de ordenación institucional, se le niegue al juez, al policía o al capitán la potestad de actuar sobre la base de su creencia sobre la corrección o incorrección de la decisión del legislador, del juez o del redactor del almanaque.

La razón artificial del derecho

Se sigue de la comprensión pre-moderna del derecho que las leyes y la doctrina deben ser entendidas a través de los conceptos y categorías del *common law*, no porque el parlamento esté sometido al *common law* en el sentido en el que hoy, por ejemplo, la administración está sometida a la ley (sus actos pueden ser invalidados cuando son ilegales a juicio del juez respectivo), sino porque lo que el parlamento hace es entendido como "second-guessing" al *common law*. Por lo mismo, éste no puede ser modificado por aquél. De acuerdo a lo dicho, aun cuando se acepte la autoridad definitiva del Parlamento en el sentido de que lo que el parlamento ha decidido no puede, por razones institucionales, ser anulado por otra autoridad (como en Blackstone), lo que el Parlamento establece debe ser entendido a través de lo que Coke llamó "la razón artificial del derecho"[68]. Esto daba a aquellos que conocían el derecho, a los abogados y jueces, una especial influencia a la que se encontraba sujeta cualquier iniciativa de reforma jurídica.

Esta pretensión de la profesión jurídica, de que el derecho debía ser entendido de acuerdo a sus conceptos y categorías tradicionales, que a su

[68] Coke, *Prohibitions del Roy*, 275.

vez eran inmunes a la modificación voluntaria y conciente, fue uno de los principales blancos de la crítica de Bentham. La naturaleza *técnica* del *common law*, que de acuerdo a la visión tradicional estaba necesariamente unida al fundamento de su autoridad en la fusión de los principios universales de la razón y las circunstancias particulares de cada nación como habían sido entendidas por incontables generaciones, era para Bentham una falsa pretensión, que buscaba asegurar a la profesión legal, a "Judge & Co." como los denominaba Bentham, una manera especialmente efectiva de proteger sus "siniestros intereses"[69]. Como Bentham sostenía, al justificar ante los ciudadanos de Estados Unidos las ventajas de la codificación:

> Junto a este espurio tipo de leyes, de cuya interpretación [...] obtienen su ganancia los abogados, se presenta una cantidad significativa de argumentaciones, dadas bajo el nombre de *razones* [...] La mayor parte de estas *razones* se denomina, para utilizar el nombre que ellos utilizan cuando hablan entre sí, *técnicas*. Pero siempre que junto a la palabra *razón* ustedes vean la palabra *técnica* como una explicación de ella, reemplacen o substituyan –porque lo pueden hacer con escaso peligro de equivocarse– las palabras *absurda* y *deshonesta*. *Absurda* en cuanto a su naturaleza, *deshonesta* en cuanto a su causa[70].

Es interesante resaltar que para Bentham el problema no era que los jueces tuvieran discreción; Bentham no era partidario del giro adoptado por el pensamiento jurídico continental hacia lo que Hart llamaría el *vicio* conocido por la teoría del derecho como "formalismo"[71]. Las objeciones de Bentham estaban dirigidas contra la falta de certeza y la arbitrariedad que el *common law* permitía a los jueces, aunque nosotros agregaremos en su momento a estas consideraciones el hecho que el *common law*, como Bentham lo entendía, hacía imposible el ideal moderno de autogobierno[72]. El utilitarismo de Bentham le permitía (incluso, podría uno decir, le exigía) reservar para los jueces el poder de introducir excepciones a las reglas ge-

---

[69] *vid.* por ejemplo Bentham, *Justice and Codification Petitions*, 449.

[70] Bentham, *Bentham to US Citizens*, 497-8.

[71] Hart, *Concept of Law*, 129 [161].

[72] Aunque parece haber un eco de esta idea en la afirmación de Bentham de que el *common law* es hecho por jueces, "obreros clandestinos, siempre trabajando, siempre negando lo que han hecho cuando ya lo han hecho" Bentham, *Rationale of Judicial Evidence*, 309. Véase también Bentham, *Bentham to US Citizens*, 284: "¿Reglas? si, digo: ¿Reglas jurídicas? No. Estas reglas, ¿por quién están hechas? Puede ser posible responder a esta pregunta; pero lo que es no sólo siempre posible, sino adicionalmente verdadero, es que la o las personas que hacen estas reglas [...] es o son en cada caso, sin excepción, una persona o personas que, respecto de cualquier participación que haya o hayan tenido, o se suponga que haya o hayan tenido, en la creación de esas reglas, carecen de cualquier título para crear derecho o participar en la creación de derecho". O, como dice poco después del common law, "cada pedazo de él hecho por individuos, ninguno de los cuales ni siquiera pretende tener derecho a crear derecho" (*ibíd*., 289).

nerales cuando el principio de utilidad y los antecedentes de cada caso en particular lo demandaran[73]. Su desprecio no era hacia un sistema en que los jueces tuvieran discreción en casos de este tipo, sino por un sistema que era, por razones que discutiremos más abajo, arbitrario hasta la perfección.

Todos los problemas del *common law* podían ser resueltos por la legislación –si sólo el derecho fuera entendido como la voluntad del soberano y no como el desenvolvimiento de la razón natural de acuerdo a lo que había resultado ser útil al pueblo inglés en la forma que lo han entendido los precedentes y la costumbre y declarado ocasiones el Parlamento; si sólo la práctica "tan extensamente practicada y familiar para cualquiera" de atribuir "un nuevo sentido a las palabras, hasta entonces nunca imaginado"[74] fuera reemplazada por una práctica igualmente desarrollada de subordinación judicial al derecho legislado! El positivismo jurídico de Bentham debe ser entendido como su contribución a la creación y la mantención de una práctica "positivista" en este sentido. El *common law* era la enfermedad, el positivismo la cura.

En conclusión, el positivismo jurídico nació enfatizando la idea de que el derecho era un producto humano, y por tanto era un instrumento de la política. Negaba la existencia de una "razón artificial" especial del derecho, una clase de razón que se encontraba a disposición preferencial de jueces y abogados, y que sujetaba cualquier agenda reformista a su opinión de lo que era "razonable". La ironía, como hemos visto, es que esta preocupación original de los positivistas jurídicos de crear un *ethos* de respeto a la autoridad del derecho legislado *en tanto legislado* ha sido completamente abandonada por los positivistas contemporáneos: ambas partes de la disputa de familia mencionada al principio se apresuran a negar cualquier conexión entre su comprensión del positivismo jurídico y cualquier forma particular de adjudicación. El siguiente comentario, hecho por un positivista "incluyente", es bastante representativo:

> la idea de que el positivismo jurídico llama a una adhesión esclavizante a la letra de las normas en cualquier sistema jurídico particular [es falsa]. De hecho, el positivismo judicial no prescribe ningún método particular de adjudicación[75].

---

[73] Bentham llamaba a esto el "poder suspensivo". Véase Bentham, *Draught of a Code*, 313.

[74] Bentham, *Rationale of Judicial Evidence*, 487-8.

[75] Kramer, *In Defense of Legal Positivism*, 114. Me imagino que uno podría eliminar, *salva veritatis*, el retórico "esclavizante". En realidad, la última parte de la cita de Kramer muestra que también podríamos omitir la expresión "la letra de" sin cambio de sentido de la frase. Creo que puede mostrarse que esta pretensión es, en el sentido relevante, totalmente incorrecta: véase Atria, *Law and Legal Reasoning*, 169-171. Véase también más abajo, el texto que acompaña las nn. 102-107.

Ya hemos visto que la razón por la que los positivistas contemporáneos están tan ansiosos de negar que el positivismo que ellos defienden tiene algo que ver con alguna doctrina sobre la adjudicación es que ellos se ven a sí mismos como participantes de una empresa significativamente diversa de la que ocupaba a Bentham. Si tienen simpatía por el proyecto benthamita, distinguirán entre Bentham como expositor y como censor de las concepciones del derecho. El positivismo como teoría del derecho se formula desde la posición del expositor (positivismo "metodológico", en términos de Bobbio), la defensa de la autoridad del derecho legislado es propia del censor (positivismo "ideológico"). Si no la tienen, lo acusan de incoherencia:

> El positivismo jurídico formula una pretensión conceptual o analítica sobre el derecho, y esa pretensión no debe ser confundida con intereses programáticos o normativos que ciertos positivistas, especialmente Bentham, pueden haber tenido. Irónicamente, sostener otra cosa es incluir, dentro del concepto de derecho, una teoría normativa particular del derecho; es infundir moralidad, o cómo el derecho debería ser, al concepto de derecho. En otras palabras, el argumento de atribuir ciertos principios al positivismo como consecuencia de la idea normativa de derecho del positivista comete el mismo error que con tanto énfasis el positivismo pretende identificar y rectificar[76].

Por razones que serán evidentes a medida en que vayamos progresando, no nos será posible evaluar la justicia de esta crítica contra el positivismo jurídico en su modalidad "ética" ("ideológica") sin considerar con cierto detalle el análisis de Bentham de las contradicciones del *common law* y lo que llamaré el "ciclo de la adjudicación". Esto nos proveerá una clave que nos permitirá comprender tanto el predicamento actual de la teoría general del derecho contemporánea como las características generales de una salida de él.

III. El ciclo de la adjudicación

¿Podemos decir algo en defensa de Bentham contra la objeción de Coleman? Esta cuestión ha sido discutida por J. Waldron, y será útil considerar la versión que para responderla defiende Waldron de positivismo ético (él lo llama "normativo")[77]. Waldron distingue entre el uso "al por mayor" y "al por menor" de argumentos morales: el positivismo ético usa el argumento moral *al por mayor*, para justificar la dignidad de la legislación y la sujeción de los jueces al derecho legislado, pero excluye el argumento moral al *por menor*, al momento de identificar reglas particulares de derecho o de establecer el contenido preciso del deber jurídico del juez de decidir casos

[76] Coleman, "Negative and Positive Positivism", 34.

[77] Waldron, "Normative Positivism", 413-422.

particulares de acuerdo a la ley[78]. Como no permite argumentos morales al por menor, el positivismo de Waldron no cometería el mismo error que con tanto énfasis el positivismo en general pretende identificar y rectificar[79].

A mi juicio, el positivismo ético de Waldron no se dirige a la fuente del problema, y al negar la relevancia de las consideraciones morales en el nivel al por menor simplemente lo reproduce. Es por ello que una forma razonable de positivismo ético (como de hecho, sostendré, la versión de Bentham) no necesariamente excluye toda forma de argumentación moral al por menor. Es más, el problema central para el positivismo ético es cómo permitir una forma de argumentación legal que pueda aceptar el argumento moral al por menor sin disolver la argumentación legal en argumentación moral *simpliciter*.

La cuestión de cómo este problema central puede ser resuelto ha de quedar para otra ocasión[80], porque es el problema de formular una distinción entre jurisdicción y legislación que entienda que la primera aplica la segunda sin reducir por eso el juez a la función de "boca de la ley". Quiero explicar ahora por qué la de Waldron no es una opción viable: ¿Por qué no es suficiente entender que el positivismo ideológico (o ético, o normativo) *prescribe*, basado en argumentos morales (al por mayor) sobre lo que el derecho es y el valor de gobernarse a través del derecho, una forma excluyente ("dura") de positivismo? La respuesta es nuevamente entregada por el mismo Bentham, y G Postema la ha llamado "la paradoja de la inflexibilidad"[81] (como en términos estrictos no se trata de una paradoja, y si lo fuera sería "de la flexibilidad" tanto como de la inflexibilidad, me referiré a ella como el "ciclo de la adjudicación").

El péndulo del common law

El ciclo de adjudicación es la respuesta de Postema a una aparente contradicción en la crítica de Bentham al *common law*. En efecto, Bentham parece sostener

> que el *common law* es excesivamente rígido *y también* arbitrariamente flexible e indeterminado, que la adjudicación del *common law* involucra *tanto* la imitación mecánica *como* la manipulación judicial de ficciones, las fórmulas abstractas de 'derecho natural', y otras parecidas, sujetas exclusivamente al capricho judicial y los intereses siniestros[82].

---

[78] *ibíd*., 415-418.

[79] Supra n. 76.

[80] Véase Atria, "Jurisdicción e independencia judicial".

[81] Postema, *Bentham and the Common Law*, 279-286.

[82] *ibíd*., 279-280.

Según Postema, la contradicción no es de Bentham, sino del *common law*[83], cuyo gran problema era que no podía proveer un equilibrio *sostenible* entre (para decirlo con palabras de Hart) "la necesidad de reglas ciertas [...] y la necesidad de dejar abiertas [...] cuestiones que sólo pueden ser apreciadas y resueltas correctamente cuando surgen"[84]. Incapaz de conciliar estas demandas en conflicto, el *common law* "estaba condenado a oscilar, como un péndulo, entre los polos opuestos de arbitrariedad y rigidez"[85].

Postema describe el ciclo que se desarrolla en tres etapas: en la primera etapa, caracterizada por decisiones judiciales sin regla de *stare decisis*, el *common law* es arbitrario: cada juez decide de acuerdo a sus apreciaciones cada caso. Como no hay regla de precedentes, las decisiones judiciales "no pueden comenzar a servir el fin de la seguridad que es la función básica del derecho"[86]. Como reacción a la arbitrariedad de esta primera etapa, en la segunda se ha introducido una regla de *stare decisis*, de acuerdo a la cual las decisiones pasadas son vinculantes para los jueces actuales. El problema del *stare decisis* es que rigidaza la adjudicación, causando lo que Bentham llamó el "carácter no acomodaticio" (*unaccommodatingnes*) del *common law*. Incluso las reglas que son razonables y justificadas desde el punto de vista de la utilidad "o quedan bajo la marca o la sobrepasan"[87], son, para decirlo en un lenguaje familiar, sobre-inclusivas o sub-inclusivas[88]. Como los jueces y la profesión jurídica, que han conocido (en la primera etapa) los riesgos de la arbitrariedad judicial, aprecian y valoran la finalidad de certeza que persigue la regla de *stare decisis*, ellos aceptan que las reglas no sean acomodaticias como precio, y están entonces dispuestos a ignorar la injusticia que ellas por eso causan en algunos casos[89]. Esto explica "la dureza de corazón que es una especie de enfermedad endémica de los abogados"[90]. Las mismas razones que provocaron el movimiento desde la primera etapa a la segunda, es decir, las que justificaron la adopción de la regla de *stare decisis*, hacen que los profesionales del derecho se contenten con "hacer parcialmente el

[83] *ibíd*., 280.

[84] Hart, *Concept of Law*, 130 [162].

[85] Postema, *Bentham and the Common Law*, 280.

[86] Este es el momento que Bentham denominaba como del "derecho bárbaro". Véanse los tres estados "de la sociedad humana respecto del derecho", más abajo, como epígrafe de la siguiente sección.

[87] Bentham, *Of Laws in General*, cap. 12n1.

[88] En la terminología de Schauer, *Playing by the Rules*, 31-34[89-92].

[89] Estos son los casos que Schauer llama "recalcitrantes": véase *ibíd*., 39-47 [97-106].

[90] Bentham, *Of Laws in General*, cap. 12n1.

mal", porque lo hacen motivados por mantener "ese bien universal que consiste en la adhesión constante a reglas preestablecidas"[91].

Ahora bien, al hacer parcialmente el mal los abogados y los jueces se acostumbran a "acumular […] sufrimientos sobre las cabezas de quienes no los merecen, a sabiendas de que no los merecen"[92]. Pero, como Rudolf von Ihering notó en la clásica sección 50 del libro II de *El Espíritu del Derecho Romano*, el mal parcial que los jueces hacen en casos particulares puede ser altamente visible, mientras que la contribución que la resolución de cada caso conforme a una regla hace al bien universal de la adhesión constante a esas reglas es mucho menos notoria, aunque no menos real:

> Todo el mundo hace constar sus defectos [del formalismo] y nadie se fija en sus beneficios, que son puramente negativos, es decir, impiden que se produzca el mal. Un solo caso que haga resaltar los inconvenientes de la forma, como por ejemplo un testamento declarado nulo, un pleito perdido por un vicio o descuido de la forma, hieren y se hacen notar más vivamente que millares de casos en que, para el curso ordinario de las cosas, la forma ha cumplido su misión tutelar[93].

La "dureza de corazón", que Bentham observa como el mal endémico de los abogados, es aceptada como el acompañante necesario de la forma. Esa injusticia se justifica porque, como también dice Ihering, "enemiga jurada de la arbitrariedad, la forma es la hermana gemela de la libertad"[94]. Esta justificación será particularmente poderosa a los ojos de quienes tengan vivo el recuerdo de la primera etapa del ciclo. Pero a medida que ese recuerdo disminuya y la regla de *stare decisis* se convierta en ortodoxia y empiece a ser obvia, el logro valioso que ella representaba perderá urgencia. Entonces la presión pública por evitar acumular sufrimientos sobre las cabezas de quienes no los merecen se vuelve progresivamente más fuerte, y las cosas están dadas para alcanzar la tercera etapa del ciclo:

> Cuando finalmente los ojos del público se abran, el mal que ha sido el resultado de seguir cada [juez] los pasos del otro en casos de poca importancia se ha vuelto tan palpable y groseramente problemático –decretando la impunidad, por ejemplo, de un asesino porque alguna palabra ha sido mal escrita o no se escribió como debía– cuando las cosas han llegado hasta este punto, no sólo le será permitido al juez apartarse del precedente sino que cuando lo haga será aplaudido[95].

---

[91] *ibíd*.

[92] En palabras de Bentham, ya que la frase es difícil de traducir: se acostumbran "to heap […] miseries on the head of those by whom [they] know them to be unmerited" (*ibíd*).

[93] Ihering, *Espíritu del Derecho Romano*, 647 (L. 2, §50). Ésta es la razón por la cual "nada de pasmoso es, por lo tanto, que el juicio del ignorante se muestre tan hostil al formalismo" (Ihering, *Espíritu del Derecho Romano*, 647 (L. 2, §50.1).

[94] Ihering, *Espíritu del Derecho Romano*, 641 (L. 2, §50).

[95] Bentham, *Justice and Codification Petitions*, 478

En este momento el péndulo vuelve perversamente a la situación original, aunque agravada: ahora el sistema no sólo es arbitrario sino arbitrario hasta la perfección, porque el juez ahora puede, en cualquier caso,

> sin el peligro de un castigo del derecho y sin siquiera temor a la censura de la opinión pública, […] dar la razón al demandante o al demandado, de acuerdo a lo que él quiera[96].

Este es el principio de la "doble fuente", con el cual Bentham se burla de la idea de Lord Mansfield de que el *common law* se hace puro a sí mismo bebiendo de la fuente de la justicia[97]. Ahora el juez puede beber "a placer" tanto de la fuente del *stare decisis* como de la fuente de la discrecionalidad. El juez se encuentra "en perfecta libertad para otorgar o negar impunidad al asesino, a placer: si se la niega, discrecionalidad es su palabra; si la otorga, *stare decisis*"[98].

El positivismo jurídico y el ciclo de la adjudicación

Para Bentham, el problema era el *common law*, y sólo mediante una reforma jurídica a gran escala podía ser solucionado. Esta reforma era la *codificación*[99]. Él creía que el derecho legislado estaba libre de este problema, porque a diferencia de las decisiones judiciales las reglas legisladas podían ser "lo suficientemente amplias en alcance" y "lo suficientemente precisas en su formulación" como para evitar o al menos reducir dramáticamente los casos recalcitrantes[100]. Postema generaliza y provee una explicación estructural para la ocurrencia del ciclo:

> Aun si la ley fuera relativamente justa, el problema reside en que el juez –como no hay otra fuente válida de reglas jurídicas– está cargado *tanto* con las tarea de proteger la seguridad y certeza del derecho *como* al mismo tiempo mantener cierta sensibilidad a las demandas de justicia y utilidad particular de cada caso[101].

Nótese cómo la tensión fundamental que está detrás del ciclo de la adjudicación se presenta también en el positivismo analítico. Por supuesto, ya sabemos que los positivistas analíticos reclaman que el positivismo no supone ni implica recomendación alguna sobre la adjudicación. Pero a

---

[96] *ibíd*.

[97] "Una ley raramente se refiere a todos los casos, y por eso el common law, que se hace a sí mismo puro bebiendo de la fuente de la justicia, es por esta razón superior a una ley del Parlamento" (*Omychund v. Barker*, 1 Atk. 21, 33; 26 Eng. Rep. 15, 22-23, Ch. 1744).

[98] Bentham, *Justice and Codification Petitions*, 478.

[99] "Sólo a través de la codificación es posible realizar la reforma que aquí se solicita –o cualquier otra reforma efectiva, en cualquier forma" (*ibíd*., 430).

[100] Postema, *Bentham and the Common Law*, 282.

[101] *ibíd*., 283.

pesar de esas protestas, una teoría del derecho no puede no implicar (parte de) una teoría de la adjudicación[102]. La vinculación entre ambas teorías es relativamente sencilla de establecer, y se basa en la obvia observación de que, de acuerdo al derecho, los jueces tienen la obligación jurídica de aplicar el derecho. Ahora bien, una teoría del derecho es una teoría de qué es el derecho, es decir, una teoría de qué cuenta como derecho. Si el juez tiene la obligación jurídica de decidir un caso conforme a derecho, se sigue que tiene la obligación jurídica de decidir un caso conforme a lo que, *de acuerdo a la teoría* correcta, es derecho (la frase en cursivas por supuesto está implícita en la frase anterior: la oración "es derecho lo que de acuerdo a la teoría correcta es derecho" es tautológica). Una teoría del derecho, cualquier teoría del derecho, es, adicionalmente a cualquier *otra* cosa que sea o incluya, (parte de) una respuesta a la pregunta por el contenido del deber jurídico del juez de decidir conforme a derecho.

Consideremos ahora, como ejemplo, cómo una visión del derecho como la de Hart se refleja en su forma de entender el razonamiento jurídico. A mí parecer en el capítulo VII de *El Concepto de Derecho*[103] uno puede encontrar dos versiones de la tesis de la "textura abierta", una que la entiende como una tesis sobre el lenguaje y no como una tesis sobre el derecho (textura abierta=vaguedad, que es el reflejo de una característica de las palabras y conceptos de los lenguajes naturales y se comunica al derecho sólo porque éste se expresa en esos términos) y una en la que ella es una tesis sobre el derecho (textura abierta=inadecuación, que es el reflejo de nuestra relativa indeterminación de fines e ignorancia de hecho)[104]. En el primer caso, Hart

[102] Las líneas que siguen contienen sólo un esquemático resumen de un argumento más complejo, formulado en Atria, *Law and Legal Reasoning*, 168-171 (véase Atria, "Del derecho y del razonamiento jurídico", 88-90).

[103] Hart, *Concept of Law*, 126-131 [157-163].

[104] Para expandir un poco la explicación contenida en los paréntesis, de acuerdo a la primera interpretación, la tesis de Hart era una tesis sobre el lenguaje en que las reglas se expresaban, y por eso sólo mediatamente sobre las reglas mismas. Como los conceptos de los lenguajes naturales son *open textured*, las reglas expresadas en ellos también lo son. Así, por ejemplo: "cualquiera sea la técnica, precedente o legislación, que se escoja para comunicar pautas o criterios de conducta, y por mucho que éstos operen sin dificultades respecto de la gran masa de casos, en algún punto en que su aplicación se cuestiones las pautas resultarán indeterminadas" (*ibíd*., 127s [159]); de acuerdo a la segunda interpretación la tesis no es sobre el lenguaje en que las reglas jurídicas se expresan, sino sobre lo que es razonable pretender dada la condición humana. Aquí el argumento es inmediatamente sobre las reglas jurídicas y lo que es razonable esperar de ellas o pretender con ellas. Si no fuera porque tenemos "relativa ignorancia de los hechos" y "relativa indeterminación de propósitos", "podríamos elaborar reglas cuya aplicación a los casos particulares nunca exigiera una nueva elección" (Hart, *Concept of Law*, 128 [160]). La cuestión es detalladamente discutida en Atria, *Law and Legal Reasoning*, 161-167 (Atria, "Del derecho y del razonamiento jurídico", 80-83).

se transforma en *formalista* porque la forma en su respuesta a la pregunta que abre su libro (¿Qué es el derecho?) contribuye a dar contenido al deber jurídico del juez de decidir conforme a derecho implica que el derecho no puede ser, en términos de Bentham, "acomodaticio"; en el segundo, se vuelve *escéptico*, porque la solución jurídicamente correcta de un caso no se sigue de las reglas válidas sino de la forma en que, dadas esas reglas, ha de resolverse la competencia entre las necesidades sociales de certeza y adecuación. Como estas necesidades sociales son obviamente valores morales (una etiqueta que sin embargo Hart cuidadosamente evitó[105]), la solución correcta de un caso, de *cada caso*, dependerá del juicio moral del juez. En términos hartianos, esto es escepticismo ante las reglas, porque significa que las reglas siempre requieren una nueva decisión ("fresh judgment"), caso a caso, para poder ser aplicadas[106]. Podemos ver cómo el ciclo de la adjudicación de Bentham se presenta: absolutistas desilusionados se vuelven escépticos antes las reglas[107], sólo para transformarse en escépticos desilusionados (espantados por la arbitrariedad de la primera etapa), volviéndose entonces formalistas, y así sucesivamente. La razón de esto no se encuentra en alguna peculiaridad de la teoría del derecho de Hart[108]. En el capítulo VII de *El Concepto de Derecho* encontramos que Hart sin quererlo se anticipó al problema al que se enfrentan los positivistas duros y suaves: el correlato teórico del ciclo de la adjudicación, constantemente oscilando entre formalismo y escepticismo mientras la práctica oscila entre rigidez y arbitrariedad.

¿Es el ciclo de la adjudicación un acertijo que puede ser resuelto, o es parte indefectible de la condición humana? Para responder esta pregunta debemos regresar a la idea de Postema de que el ciclo se manifiesta porque los jueces deben *tanto* asegurar la certeza y la predecibilidad *como* la adecuación de la solución dada al caso en cuestión. Bentham (Postema) creía que el acertijo se resolvía con la introducción de un nuevo criterio de validez (*i.e.* derecho legislado, válido porque era *puesto*), de manera que las decisiones

---

[105] Tanto en *The Concept of Law* como en Hart, "Positivism and the separation", 66-69 [51-56], donde se refiere a "metas sociales" o "fines", "las nuevas necesidades de la sociedad" y términos semejantes.

[106] Un escéptico ante las reglas niega "que la vida del derecho consista en una gran medida en la orientación tanto de los funcionarios como de los individuos privados por reglas determinadas que, a diferencia de la aplicación de estándares variables, *no* requieren de una nueva valoración [fresh judgment] en cada caso" (Hart, *Concept of Law*, 135 [168s]; el énfasis es de Hart).

[107] *ibíd*., 138-9 [173].

[108] He intentado explicar cómo la misma tensión se encuentra en la obra de Raz, Schauer y MacComirck en Atria, "Del derecho y del razonamiento jurídico", 97-117; véase también Atria, *Law and Legal Reasoning*, 177-195.

judiciales no fueran la única fuente de reglas jurídicas. Sin embargo, la historia del positivismo jurídico continental probó que esto era un error, porque la versión europea del positivismo jurídico hizo al juez ciego a las particularidades del caso concreto tal como el *common law* lo hizo con los jueces ingleses según Bentham, tal como también lo haría el positivismo normativo excluyente de Waldron. La solución al ciclo se encontrará en una versión del positivismo ético que permita una forma de argumentación jurídica abierta a consideraciones morales (al por menor) de modo que permita identificar los casos recalcitrantes, una que permita al juez ver y hacerse cargo en sus propios términos del caso particular al que se enfrenta, pero que no implique por eso la disolución del razonamiento jurídico en razonamiento moral.

Acometer una tarea de este tipo exige una teoría de la distinción entre legislación y jurisdicción. En estos días post-Montesquieu, sin embargo, carecemos de esa teoría como esa, y ésta no es la oportunidad para comenzar a formularla[109]. Lo importante ahora es que entendamos lo que está en juego, por qué un nuevo positivismo benthamita es urgente. La razón es que a pesar de que la crítica de Bentham al *common law* fue lo suficientemente efectiva como para convertirse en la nueva ortodoxia, hoy somos testigos de una suerte de involución jurídica a formas pre-modernas de derecho, que debe ser resistida. El positivismo ético es una teoría que explica por qué y cómo esta involución debe ser resistida. La ironía está en que el positivismo jurídico contemporáneo no sólo mira a este problema con indiferencia (o mejor: reclama insistentemente que no lo mira en absoluto), sino que se ha convertido, como hemos visto y volveremos a ver, en un estrecho aliado de los equivalentes contemporáneos de "Judge & Co." y sus "siniestros intereses".

IV. Neo-constitutionalismo como derecho pre-moderno

Un nuevo fantasma recorre Europa –el fantasma del neo-constitucionalismo. Los poderes de la cultura jurídica europea han entrado en una santa alianza no para exorcizarlo sino para defenderlo e incluso exportarlo: jueces y abogados, académicos y profesores de derecho, intelectuales italianos y filósofos alemanes.

El primer fantasma prometía emancipación pero finalmente llevó al totalitarismo; el segundo promete libertad e igualdad para todos pero pone en peligro nuestra capacidad para autogobernarnos democráticamente y el Estado de Derecho como gobierno de las leyes, y no de hombres y mujeres.

[109] Véase Atria, "Jurisdicción e independencia judicial".

El neo-constitucionalismo es una "corriente de pensamiento"[110] que enfatiza el surgimiento, a partir de la segunda mitad del siglo XX, de una diferente comprensión de la dignidad de la legislación y su relación con la constitución; diferente, en particular, de la comprensión del positivismo europeo del siglo XIX. Mientras este última era *legalista* en el sentido de defender la supremacía del legislador, el neo-constitucionalismo defiende la supremacía de la constitución. Como consecuencia, "la legislación, por primera vez en los tiempos modernos, está subordinada a un nivel legal superior establecido por la constitución"[111]. Pero eso no es todo. El derecho neo-constitucionalista incluye normas constitucionales redactadas en términos amplios que hacen referencia a principios morales y enfatiza que esos principios constitucionales son normas aplicables como las leyes ordinarias, que han de ser interpretadas a través de un proceso de ponderación y balance en vez de la subsunción de casos individuales en casos genéricos solucionados por normas generales[112]. Esto lleva a una concepción del derecho guiada por un "pluralismo de principios"[113] y a una ciencia del derecho "líquida" o "flexible"[114]. El resultado es que los jueces (y la ciencia del derecho) ya no son sirvientes de la ley, sino que tienen un deber más fundamental con la constitución. En cumplimiento de ese deber fundamental el juez debe erigirse en juez del legislador.

El paso del modelo legalista tradicional al neo-constitucionalismo es una instancia del ciclo de la adjudicación de Bentham: el énfasis, característico del neo-constitucionalismo, en una forma deformalizada, pluralista, líquida o flexible de interpretación y adjudicación puede ser entendido como una reacción al positivismo europeo del siglo XIX[115]. Pero el neo-constitucionalismo arroja al bebé junto con el agua de la bañera. Su énfasis en el rol jurídico de los principios constitucionales, y su indiferencia hacia el valor y dignidad de la legislación, pone en riesgo la idea de autogobierno democrático (que constituye *al menos* el ideal regulativo que funda nuestras prácticas

---

[110] Pozzolo, "Neoconstitucionalismo", 339. La caracterización general del neo-constitucionalismo ofrecida en este párrafo sigue la de Pozzolo en este artículo, pp. 340-342.

[111] Zagrebelsky, *Derecho Dúctil*, 34.

[112] Aquí estoy utilizando terminología tomada de Alchourrón and Bulygin, *Normative Systems*, 27-34 [57-65].

[113] Zagrebelsky, *Derecho Dúctil*, 122-126.

[114] *ibíd*., 17-18.

[115] Por supuesto, no es este el único factor. Uno de los más habitualmente invocados (*vid. e.g.* Beatty, *The Ultimate Rule of Law*, 2-5) es la finalidad de "evitar que las atrocidades que se han cometido en el nombre del pueblo ocurran de nuevo" (*ibíd*., 2). La idea de que a través de tribunales es posible prevenir el genocidio y el exterminio es al menos discutible. Véase Atria, "La hora del derecho".

democráticas, de acuerdo al cual somos *nosotros, el pueblo* quienes nos autogobernamos) y la idea de gobierno conforme a derecho. La razón por la que el neo-constitucionalismo tiene este peligroso potencial es, sorprendentemente, la misma razón que algunos neo-constitucionalistas invocan como su fundamento: el creciente pluralismo de las sociedades contemporáneas. Nuestro compromiso constitutivo, "constitucional", con valores como los que usualmente se contienen en las declaraciones constitucionales, no sólo es limitado por, sino estrictamente *supone*, profundos desacuerdos sobre la forma en que esos valores deben ser entendidos[116]. El hecho del pluralismo, *pace* autores como Zagrebelsky[117], hace *más* y no menos importante la preservación de la esfera de autonomía (sin duda relativa) del razonamiento jurídico[118].

Aunque sus defensores no parecen estar concientes de ello, el neo-constitucionalismo es derecho premoderno. En efecto, las similitudes entre ambos "paradigmas" no pueden pasar inadvertidas. L. Ferrajoli, por ejemplo, ha sostenido que es posible distinguir tres "paradigmas" de derecho, que identifica con "el derecho premoderno, el Estado legislativo de derecho y el Estado constitucional de derecho"[119]. De acuerdo a Ferrajoli estos "paradigmas" se diferencian entre sí por las diversas concepciones que cada uno de ellos tiene de "a) la naturaleza y estructura del derecho, b) la naturaleza de la ciencia jurídica, y c) de la jurisdicción". En cuanto a lo primero, el paradigma pre-moderno entendía (como hemos visto más arriba, aunque con otro lenguaje) que la validez del derecho dependía del "desarrollo y actualización" de las categorías tradicionales, cuya validez a su vez dependía "no ya de la forma de su producción, sino de la intrínseca racionalidad o justicia de sus contenidos". El Estado legislativo reemplaza esta fuente de autoridad del derecho por la autoridad del Estado. En la fórmula de Hobbes, que Ferrajoli cita, tratándose del derecho moderno *auctoritas, non veritas facit legem*[120]. En cuanto a lo segundo, mientras la ciencia jurídica premoderna se encargaba de reelaborar la sabiduría de la tradición recibida por los doctores y era por consiguiente "inmediatamente normativa, y se

---

[116] Mouffe, *El Retorno de lo Político*, 18-19. Véase también Atria, "La hora del derecho".

[117] Zagrebelsky, *Derecho Dúctil*, 125: "es fácil entender que un derecho de principios es más propicio [que un derecho de reglas] a la sobrevivencia de una sociedad pluralista".

[118] Que se manifiesta en el hecho de que "la manera en que cada uno de nosotros identifica una decisión como "nuestra" debe [...] parecer arbitraria en relación a [nuestras opiniones sobre qué es correcto hacer" (Waldron, *Law and Disagreement*, 105s). Para una defensa filosófica de una forma de positivismo que rescata la importancia de esta autonomía, véase adicionalmente Campbell, *Ethical Positivism*.

[119] Ferrajoli, "Pasado y futuro del Estado de derecho", 14.

[120] *ibíd*., 15.

identificaba de hecho con el derecho mismo", la ciencia jurídica moderna pasa a entenderse como no normativa sino cognoscitiva, en tanto pretende explicar y reconstruir un objeto "autónomo y separado de ella", los dogmas legales. La caracterización de la función jurisdiccional, por último, también cambia radicalmente. La función del juez ya no era dar al caso sometido a su conocimiento la solución justa de acuerdo a la sabiduría recibida, sino declarar cuáles eran para ese caso las consecuencias contenidas de antemano en la norma legislada. Eso explica "el carácter tendencialmente cognoscitivo de la jurisdicción [moderna]".

Ferrajoli muestra que el modelo del Estado legislativo está siendo reemplazado por un modelo alternativo, un tercer modelo a su juicio, el del Estado constitucional. Ahora la validez de las leyes depende "ya no sólo de la forma de su producción sino también de la coherencia de sus contenidos con los principios constitucionales"; la ciencia jurídica adquiere un papel "crítico y proyectivo en relación con su propio objeto", al punto que es ahora capaz de imponer "prohibiciones y obligaciones de contenido" al legislador. La función jurisdiccional es también reconceptualizada, porque ahora ésta debe "aplicar la ley sólo si es constitucionalmente válida, y cuya interpretación y aplicación son siempre, por esto, también un juicio sobre la ley misma que el juez tiene el deber de censurar como inválida mediante la denuncia de su inconstitucionalidad cuando no sea posible interpretarla en sentido constitucional"[121].

En suma, el derecho neo-constitucionalista es un derecho que vale porque corresponde a criterios de justicia que no fluyen sino pueden oponerse al derecho positivo; la ciencia jurídica es normativa en tanto impone deberes y obligaciones al legislador (y, por qué no añadir, al juez), y la función judicial es resolver conforme a la ley sólo si la ley no merece al juez un reproche de constitucionalidad. *veritas, non auctoritas facit legem*! El derecho del Estado constitucional de Ferrajoli no es un tercer paradigma de derecho: es el mismo viejo paradigma pre-moderno.

Por supuesto, un defensor del neo-constitucionalismo que se sintiera incómodo con esta conclusión podría atacar su primera premisa: los criterios de valor no surgen con autonomía del derecho positivo, sino de un texto puesto, la constitución. Pero la constitución para el neo-constitucionalista no es un texto positivo, es lo que ese texto positivo significa, como lo ha sostenido explícitamente Ronald Dworkin, en su mejor "lectura moral"[122]. El abogado neo-constitucionalista carece de la preocupación del jurista moder-

[121] *ibíd*., 18.

[122] Para la idea de una "lectura moral" de la constitución, véase Dworkin, *Freedom's Law*, 1-38.

no por los *textos* legales. Para citar un caso conocido, la enmienda catorce de la constitución norteamericana contiene una cláusula de igual protección que está redactada como si fuera una cláusula que impone obligaciones sólo a los gobiernos estatales ("no *state* shall deny..."). Desde el punto de vista de la justicia, por supuesto, la desigual protección no es menos oprobiosa porque la realice una órgano federal. Por eso cuando la Corte Suprema debió decidir, después de decidir *Brown v. Board of Education*[123], sobre la constitucionalidad de la segregación en las escuelas del Distrito de Columbia (que no es un estado), el hecho de que conforme a su letra la enmienda catorce no era aplicable al distrito de Columbia no fue un argumento de peso[124].

De lo anterior no puede extraerse la conclusión de que *Bolling v. Sharpe* estuvo mal decidido. Lo que si puede concluirse es que el caso estuvo bien decidido a pesar de que fue decidido en contra de la letra de la enmienda catorce, y eso muestra algo acerca de cómo (no) pesa la letra cuando de interpretación constitucional se trata.

Un caso que prueba algo similar, pero que es más controvertible, es el que enfrentaron los tribunales alemanes después de la reunificación cuando se trató de condenar a los guardias del muro de Berlín que abatieron a personas que intentaban cruzar la frontera de la República Democrática sin autorización. La pregunta constitucional aquí era si al condenarlos se infringía el art. 103.2 de la Ley Fundamental alemana, que prohíbe la retroactividad de la ley penal. Comentando aprobatoriamente la decisión del Tribunal Constitucional Federal, Robert Alexy observa que el tribunal decidió que la prohibición de retroactividad del art. 103.2, a pesar de estar redactada en términos absolutos, está sujeta a ponderación, de modo que "es elástico sin dejar de ser una norma dura"[125]. Esto parece estar, dice Alexy, expuesto a la objeción de que "vulnera el tenor literal de la constitución, toda vez que el art. 103.2 LF no contiene cláusula de excepción alguna"[126]. Pero esta no es una objeción poderosa frente a un neo-constitucionalista. Alexy *dice* que "esta objeción ha de tomarse muy en serio"[127], porque después de todo la adjudicación constitucional se presenta como adjudicación y no como justicia del Cadí. La manera en que responde esta objeción muestra, sin embargo, que no se la toma en serio. Alexy cree que es justificación suficiente para permitir la ponderación, tratándose de un artículo que consagra lo que es probablemen-

---

[123] Que, como se sabe, objetaba la constitucionalidad de la doctrina "separados pero iguales" adoptada por el estado de Kansas 347 US 483 (1954).

[124] *Bolling v. Sharpe*, 347 US 497 (1954).

[125] Alexy, "Derecho injusto", 216.

[126] *ibíd.*

[127] *ibíd*., 217.

te una de las garantías más evidentes y fuertes del derecho penal moderno, la referencia a la "justicia material" como "valor jurídico dotado de rango constitucional", en tanto "anejo al principio del Estado de Derecho"[128]. En otras palabras, lo que vale en la constitución es el valor de justicia que se le imputa; ella no es contingente, su contenido no depende de lo que haya decidido un legislador constitucional. Si las palabras utilizadas indican que no hay ponderación aceptable y la justicia reclama la ponderación, entonces la constitución, correctamente entendida, exige ponderación. Por eso no es raro que un neo-constitucionalista pueda decir que "a diferencia del concepto de derecho, la justicia es un ideal local, no universal"[129]. En realidad, puede decirse que aquí estoy deteniéndome en lo obvio, porque no creo que ningún neo-constitucionalista auto-conciente dispute esto. Entonces tampoco podrá objetar nuestra primera premisa: la constitución no es un texto positivo, el texto positivo que llamamos constitución es un conjunto de proposiciones normativas que describen (con mayor o menor éxito) la constitución.

La ironía es que, como los grupos anti-romanos de Monty Python's *Life of Brian*, el positivismo actual es el mejor partidario posible de la lectura moral de la constitución. Si al incorporar conceptos moralmente cargados las constituciones se han puesto a sí mismas (y a los criterios de validez de las leyes, al menos –por el momento– los negativos) más allá de los límites del derecho, entonces sólo cabe preguntarse cuál es la mejor manera de decir estas cuestiones en sus propios términos, es decir, en términos puramente morales[130]. Esto no es, como cree Dworkin, sólo una razón a favor de la lectura moral (si la constitución ha de ser aplicada como cualquier otra ley la lectura moral es ineludible), sino en contra de entender a la constitución como derecho en el mismo sentido en que una ley es derecho. Si como sostuvo Ihering, "el derecho no tolera la ausencia de forma"[131], entonces el neo-constitucionalismo es incompatible con el derecho como forma de argumentación y regulación. El neo-constitucionalismo es la disolución del derecho.

Por supuesto, el positivista, duro o suave, reclamará que no está preocupado del valor de la legalidad sino de la cuestión "conceptual" de lo que es el derecho, y el "concepto" de derecho debería cubrir tanto al derecho

---

[128] *ibíd*

[129] Beatty, *The Ultimate Rule of Law*, 167.

[130] Por esto Kelsen se oponía a la introducción de esas normas al derecho judicialmente aplicable: "Si se desea restringir el poder de los tribunales, y con ello el carácter político de su función [...], las normas constitucionales a disposición de un tribunal constitucional para su aplicación [...] no deben emplear terminología difusa, como 'libertad', 'igualdad', 'justicia', etc" (Kelsen, *¿Quien debe ser el Defensor de la Constitución?*, 33).

[131] Ihering, *Espíritu del Derecho Romano*, 645 (L2 §50).

"legalista" como al "neo-constitucionalista". Sólo una vez que hemos aclarado la cuestión *conceptual* de qué es el derecho, diría, es posible abordar la cuestión *política* de si el argumento contra el neo-constitucionalismo es o no exitoso.

El problema es que las cuestiones conceptuales y substantivas no están aisladas una de otra: como veremos en el siguiente apartado, la reconstrucción teórica de una práctica no es como la descripción de los movimientos de los cuerpos celestes (sostener lo contrario a estas alturas es un caso de falsa conciencia). La posición conceptual del positivista analítico de hecho no se mantiene agnóstica respecto de las cuestiones políticas sustantivas, al menos en lo que se refiere a la política de la adjudicación. En efecto, sabemos que el positivista analítico debe concluir que cuando el derecho incorpora reglas como las contenidas en lo que se denomina "parte dogmática" de los textos constituciones (derechos fundamentales etc) habremos dejado la esfera de las normas basadas en fuentes y habremos entrado en consecuencia en la esfera de la discreción judicial. Hemos visto que algunos positivistas creen que pueden limitar o dirigir esa discreción, pero en realidad no pueden: por definición (*i.e.* porque se refiere a la aplicación de consideraciones morales acerca de la mejor interpretación de esas disposiciones constitucionales o, como dicen los que hacen explícito su escepticismo, las preferencias de quien decide) ellas no pueden ser jurídicamente controladas si el positivismo jurídico contemporáneo es correcto como una teoría del derecho porque (nuevamente: por definición) cualquier teoría que sostenga que el derecho es reducible a (alguna clase especial de) convención debe necesariamente concluir que cuando la convención es incierta o inexistente no hay convención, y por consiguiente hemos encontrado los "límites del derecho"[132]. El positivista no tiene aquí argumentos contra el neo-constitucionalista, porque el positivista ha aceptado de antemano que por la introducción de estas disposiciones constitucionales el juez encargado de su aplicación tiene discreción. Si tiene discreción, esto significa que la elección entre la lectura moral del neo-constitucionalista y *cualquier otra lectura que alcance un mínimo de plausibilidad argumentativa* es jurídicamente indiferente.

Sin embargo, el neo-constitucionalista dice mucho más, aunque en este punto el positivista ha perdido todo interés. El neo-constitucionalista trata de convencer a los jueces y a la profesión jurídica que su respeto por las decisiones legislativas está fuera de lugar, que ellos deben reemplazarlo por un respeto incondicional a la constitución. Y contra esto, los reclamos de los positivistas suenan vacíos. Como J.J. Moreso ha señalado en su respuesta a

[132] Véase la discusión sobre la importancia de la idea de los "límites del derecho" en Navarro, "Casos difíciles" y Atria, "Entre jueces y activistas", 162-165.

P. Comanducci[133], es extraño que quien adhiere a una tesis escéptica sobre la interpretación (como todo positivista, al menos cuando se trata de conceptos jurídicos que deben parte de su contenido a la moral) objete la incertidumbre jurídica derivada de la concepción neo-constitucionalista. La crítica no es contra la *incoherencia* de la objeción, porque el positivista analítico puede ser (como Comanducci) analíticamente fino. La crítica es que el positivista ha removido el suelo sobre el cual podría erguirse para formular su crítica, porque su alternativa a la incertidumbre del neo-constitucionalismo no es la certeza del derecho, sino la incertidumbre de la discreción o arbitrariedad judicial cuando el juez se enfrenta a reglas como las contenidas en la mayoría de las constituciones. Y cuando el péndulo de Bentham haya oscilado de vuelta desde la rigidez del formalismo del siglo XIX a una práctica jurídica y a un *ethos* judicial neo-constitucionalista terminaremos con una forma de derecho pre-moderno según la cual las decisiones legislativas son sólo proposiciones normativas, que informan al juez de cuál es en principio la correcta solución del caso, y que por consiguiente siempre pueden ser, como las reglas del derecho romano (véase D. 50.17.1.*pr*), incorrectas descripciones del derecho (cuando el juez crea que infringen o no respetan derechos constitucionales, fundamentales, humanos, etc), siempre sujetas a la última palabra de éste, no sólo como una cuestión de hecho (puesto que sus decisiones son siempre finales: definitividad en términos hartianos) sino como una cuestión de derecho, en el sentido que la función judicial ya no está subordinada a la legislación pero sí a su propia "lectura moral" de la constitución (infalibilidad en esos mismos términos).

Contra esta perspectiva pesimista, la experiencia de los países europeos durante los últimos 50 años podría ser invocada como un contraejemplo. El neo-constitucionalista, después de todo, está tratando de hacer explícito lo que ve en la "realidad de la vida concreta del orden legal"[134]. 50 años de neo-constitucionalismo no ha resultado en un sistema que es arbitrario hasta la perfección como Bentham lo creía. Pero la mayoría de edad del así llamado Estado "constitucional" (como opuesto al Estado "legislativo" del siglo XIX) es bastante reciente[135]; aún queda por ver cuáles serán sus efectos en la auto-imagen de la profesión jurídica y a través de ella en las distintas culturas legales. Ya hemos visto que muchas de las características del dere-

---

[133] Moreso, "Comanducci sobre neoconstitucionalismo", 273. Moreso se refiere a la crítica de Comanducci del neo-constitucionalismo en Comanducci, "Formas de neoconstitucionalismo".

[134] Zagrebelsky, *Derecho Dúctil*, 145.

[135] Para el sentido de la expresión "mayoría de edad" de una visión del derecho, véase *supra*, n. 50.

cho moderno habían hecho su aparición en la realidad de la vida concreta del orden legal antes de 1776 y 1789. Pero para que esa idea constituyera la forma normal, obvia de auto-comprensión de la práctica jurídica fue necesario esperar (al menos) varias décadas después de la revolución.

La pregunta, entonces, no es qué es lo que los neo-constitucionalistas disciernen en la vida concreta de los ordenes legales, sino cómo es razonable pensar que una práctica auto-concientemente neo-constitucional será en condiciones de fragmentación del discurso moral. Quizás hasta ahora las consecuencias no han sido dramáticas porque (o cuando) las prácticas jurídicas que los neo-constitucionalistas comentan todavía son, al nivel de la auto-comprensión intuitiva de los participantes, prácticas que responden al modelo positivista-legalista del siglo XIX. Pero ¿es sostenible ese *ethos* positivista en una práctica auto-concientemente neo-constitucionalista? Quizás la respuesta deba tomar en cuenta la sociología de esas prácticas. Es sensato pensar que ciertas culturas jurídicas estarán mejor preparadas que otras para resistir las tendencias de-formalizadoras del neo-constitucionalismo. Mi impresión es que, en los sistemas continentales, esto tiene que ver con la capacidad de la ciencia jurídica de reconstruir de manera racional los materiales jurídicos disponibles: en países en los que la tradición de la ciencia jurídica (o cualquier función equivalente) es débil, el neo-constitucionalismo *significa* arbitrariedad hasta la perfección. Pero esta reconstrucción racional sólo puede proceder si asumimos que hay algo que puede ser racionalmente reconstruido, que algunas construcciones son jurídicamente correctas mientras que otras son jurídicamente erróneas, y esto es lo que el positivismo jurídico contemporáneo hace imposible[136].

[136] El tipo de reconstrucción racional que tengo en mente es ejemplificado por Alonso, "Un caso difícil". Aplicando el modelo de análisis desarrollado en Alchourrón and Bulygin, *Normative Systems*, Alonso encuentra una *laguna normativa* en las reglas del Código Civil español sobre prestaciones mutuas como consecuencia del ejercicio exitoso de una acción reivindicatoria. El poseedor vencido tiene derecho a que se le abonen las mejoras realizadas a la cosa, dependiendo de dos criterios: su buena o mala fe, y el tipo de mejoras que ha realizado (necesarias, útiles y voluptuarias o superfluas). De acuerdo a Alonso, el caso del poseedor de mala fe que ha realizado mejoras útiles no está solucionado por las reglas de ese Código. A pesar de eso Alonso reconstruye la racionalidad de las reglas involucradas y formula dos principios: que el poseedor de buena fe está mejor o igual que el de mala fe, y que el poseedor que ha realizado expensas necesarias está en mejor o igual posición que el que ha realizado expensas útiles, que a su vez está mejor o igual que el que ha realizado expensas voluptuarias (nótese la modestia substantiva de los principios, reconocible por cualquier abogado). Aplicando estos principios la laguna que Alonso había encontrado tratándose del poseedor de mala fe que ha realizado expensas útiles es solucionada (en realidad Alonso no llega tan lejos. Él cree que aun aplicando estos principios hay dos soluciones que mantienen la coherencia del sistema, pero si la reconstrucción nos ha permitido avanzar algunos pasos, ya no hay razón *a priori* para negarse a la posibilidad de que iterando el argumento, ampliando el ámbito de las reglas en consideración (etc) sea posible llegar a concluir que una de esas dos soluciones es la correcta). Sin embargo,

El derecho neo-constitucionalista es derecho pre-moderno, "semi-bárbaro" en el sentido de Bentham[137]. El mismo Zagrebelsky se da cuenta que dejar atrás el Estado legislativo puede acarrear el riesgo "de volver a la situación pre-moderna de inseguridad e imposición forzada"[138]. Él cree que el riesgo puede evitarse. Y aquí llegamos a un punto que quizás debería haber sido explicitado antes: ¿por qué es un problema que el neo-constitucionalismo sea pre-moderno? ¿Hay algo intrínsecamente objetable en una visión pre-moderna del derecho? La respuesta a esta segunda pregunta puede ser por ahora negativa. El derecho pre-moderno puede no haber sido especialmente inconveniente o arbitrario para tiempos pre-modernos. Pero la pregunta es si hay alguna razón por la que un derecho pre-moderno sea

---

recuerdo la reacción que tuvo un grupo de profesores auto-caracterizados como positivistas cuando Alonso presentó su investigación en una reunión en Bahía Blanca, Argentina: ellos (amablemente, desde luego) argumentaron que la de Alonso era simplemente una de las múltiples reconstrucciones lógicamente posibles, y como tal no tenía ningún valor especial (y, claro, sobre dos puntos pasan infinitas curvas). Desde el punto de vista de las reglas aplicables, ellos creían que no había ninguna razón para decir que el juez tenía un deber más intenso de buscar la solución correcta, habiendo verificado previamente que se trataba de una laguna normativa, que de fallar reconociendo al poseedor de mala fe que había realizado expensas útiles una posición mejor que la del poseedor de buena fe que había realizado expensas necesarias, o que la del de mala fe que había realizado expensas voluptuarias. Que las reconstrucciones a las que me refiero son imposibles en el contexto de una teoría de las hoy llamadas "positivistas" del derecho puede ser mostrado de otra forma. En alguna oportunidad discutíamos con Jorge Rodríguez el problema de la derrotabilidad de las normas jurídicas, utilizando entre otras cosas el ejemplo propuesto por Lon L. Fuller. En este caso, se trataba de una regla que sancionaba con multa a quienes duerman en la estación, que debía ser aplicada a dos casos: el de un "hombre de negocios" que se duerme momentáneamente mientras espera su tren atrasado a las 3:00 AM, y el de una persona sin casa que se instalaba con sus escasas pertenencias en un banco de la estación a pasar la noche pero que es arrestado antes de alcanzar a dormirse (véase Fuller, "Positivism and fidelity to Law", 664). Rodríguez creía que la noción de derrotabilidad no era suficiente para solucionar los problemas de aplicación de esta norma, porque le parecía imposible "justificar racionalmente la imposición de una pena (¡de multa!) a una persona por carecer de vivienda" (Rodríguez, "Imagen actual", 156). Nada nuevo todavía, porque yo imagino que para un positivista como Rodríguez que una ley carezca de justificación racional no dice nada en contra de su calificación de norma jurídica. Pero Rodríguez continua: la constitución argentina contiene una regla que prohíbe la imposición de sanciones por conductas que "de ningún modo ofendan al orden y a la moral pública ni perjudiquen a un tercero" (*ibíd.*). Según Rodríguez, esta regla muestra de modo categórico (en el sentido de que cualquier otra conclusión le "parece inadmisible": *ibíd.*) que la norma de Fuller "sería inconstitucional de conformidad con el derecho argentino". Habría entonces que concluir que el juez no está obligado por la regla de Fuller (y por cualquier otra regla que sea a su juicio inconstitucional), pero como la inconstitucionalidad de las reglas legales depende de interpretaciones discutibles de conceptos moralmente cargados, para decir cuáles reglas obligan al juez éste tendría discreción. Es difícil evitar el escepticismo radical llegado a este punto (la cuestión es discutida con más detalle en Atria, "Entre jueces y activistas", 164. Véase adicionalmente Moreso, "A Brilliant Disguise", 200)

[137] Véase el epígrafe de esta sección.

[138] Zagrebelsky, *Derecho Dúctil*, 12.

objetable en nuestras condiciones modernas o post-modernas. ¿Qué puede decirse contra el derecho pre-moderno? La respuesta es: si creemos que nuestro mundo es cuidado y mantenido por la divina providencia, que nuestra sociedad está naturalmente ordenada, y que entre nosotros no existe desacuerdo político que no sea solucionable a través de la argumentación y por referencia a formas aceptadas y dominantes de razonamiento y autoridad moral, de modo que podemos aceptar la pretensión de una elite profesional de jueces y abogados de tener una vía de acceso epistemológicamente privilegiada a la sabiduría práctica que se requiere para decidir los asuntos más fundamentales que nos afectan, nada[139].

V. Positivismo ético, teórico, metodológico

¿Cómo es que hemos llegado a esta situación? ¿Cómo es que una teoría que surge para afirmar la artificialidad y autonomía del derecho ha terminado fomentando la deformalización del derecho, la vuelta a una forma de derecho pre-moderna, que es precisamente la forma de derecho que la teoría pretendía originalmente combatir? Creo que la respuesta está relacionada con la forma de entender el problema de la teoría del derecho, con qué es aquello que quien se dedica a la teoría del derecho intenta hacer. Una manera de explicar esta idea es considerar la famosa distinción de Norberto Bobbio entre positivismo metodológico, teórico e ideológico. Esta distinción, por supuesto, ha sido uno de los aspectos del pensamiento de Bobbio más influyentes. En el mundo hispano-parlante en general quienes hemos aprendido sobre el positivismo jurídico en los últimos treinta años lo hemos hecho, en parte al menos, a través de ella.

Nuestra pregunta original podría ser formulada de la siguiente manera: ¿cómo es que las tres formas de positivismo fueron separadas? Si la reconstrucción que he hecho del positivismo de Bentham es correcta, es posible entender que esos tres "sentidos" de la idea de positivismo jurídico no podían ser concebidos como si fueran independientes unos de otros: el objetivo ("ideológico") de afirmar la artificialidad y por consiguiente la autonomía del derecho moderno implica una teoría del derecho conforme a la cual su forma paradigmática de manifestación de derecho era la ley, porque sólo la ley puede ser entendida como la "manifestación de la voluntad soberana" (art. 1 C.C. chileno), y en todo caso si ahora la autoridad del derecho era reconducible a la voluntad soberana era evidente que el derecho debía ser entendido en clave estatalista (esto es lo que Bobbio llama "po-

[139] Véase, si referencias fueran necesarias para justificar la proposición evidente de que éste no es nuestro mundo, MacIntyre, *After Virtue*, 8-22 [19-39]; Rawls, *Political Liberalism*, 54-66 [72-81].

sitivismo teórico"). Hemos visto que esa forma de positivismo era posible sólo desterrando al olvido la comprensión pre-moderna conforme a la cual el derecho era el desarrollo de la razón en la historia de acuerdo al modo que tradicionalmente ella había sido entendida, y por consiguiente el positivismo de Bentham suponía que el derecho carecía de conexión intrínseca con la razón. Si había conexión entre el derecho y la razón (moral) ella era contingente y extrínseca: estaba dada porque el soberano había actuado razonablemente (justamente) al dictar la nueva ley. Por consiguiente el jurista debía distinguir entre su rol de tal, que era puramente expositivo, y su rol de ciudadano o político, que era crítico. Las conclusiones que en esta segunda calidad alcanzara iban a ser irrelevantes para sus conclusiones en su otra calidad.

Pero, sabemos, el búho de Minerva vuela al atardecer. El positivismo alcanzó su formulación definitiva cuando la lucha por el derecho moderno ya había sido librada y ganada. Muchas de las tendencias que asociamos con el neo-constitucionalismo ya eran manifiestas al comenzar la segunda mitad del siglo XX; en particular, la idea bienestarista que se asocia con el Estado socialdemócrata en Europa y, algo más tarde, el New Deal de F. D. Roosevelt en Estados Unidos suponían el abandono del rígido formalismo jurídico del siglo XIX, identificado como hemos visto con la escuela de la exégesis; la experiencia alemana durante el régimen nacionalsocialista, por otra parte, mostró la cara horrible del derecho moderno: que el derecho sea contingente (y sólo así podemos ser libres para gobernarnos, como he insistido más arriba) quiere decir que siempre puede ser de otro modo. El derecho Nazi mostró que "de otro modo" incluye "del peor modo posible". Y el positivista, que en su batalla contra el derecho pre-moderno había defendido la contingencia del derecho, se encontraba expuesto a la terrible acusación de Gustav Radbruch:

> Por medio de dos principios supo el nacionalsocialismo aherrojar a sus seguidores, por una parte a los soldados y por otra parte a los juristas: 'órdenes son órdenes' y 'la ley es la ley' [...] El principio 'la ley es la ley' no conocía [...] limitación alguna. Era la expresión del pensamiento jurídico positivista, que dominó durante muchos decenios, casi sin ser contradicho, a los juristas alemanes[140].

Adicionalmente, la urgencia de defender una forma de adjudicación legalista y una ideología positivista se había acabado, porque a esas alturas la comprensión moderna del derecho era la auto-comprensión de la práctica jurídica. En este contexto, lo que Bobbio llamaría la "teoría" y la "ideología" positivista eran un lastre que ya no había ninguna necesidad de cargar.

---

[140] Radbruch, "Arbitrariedad legal y derecho supralegal", 127.

Aquí yace, a mi juicio, el atractivo de la topología bobbiana: ella permite un positivismo de mínimo compromiso ontológico (*i.e*. "teórico") y moral (*i.e*. "ideológico"). Por eso no es raro que de las tres modalidades del positivismo identificadas por Bobbio haya sido el positivismo metodológico, y no el ideológico o el teórico, el más discutido y auto-concientemente aceptado. En realidad, la tipología de Bobbio es menos una taxonomía de las diversas formas de positivismo que un argumento a favor del positivismo metodológico.

La tesis, como se sabe, es que el positivismo *metodológico* no supone ni implica, según Bobbio, ni el positivismo ideológico (está libre, entonces, de la adhesión práctica que el positivismo ideológico exige) ni el positivismo teórico (es decir, no supone ni implica una teoría legislativa o imperativa del derecho). Lo único que el positivismo metodológico supone es un "esfuerzo por convertir el derecho en una auténtica ciencia que posea los mismos caracteres de las ciencias físico-matemáticas, naturales y sociales"[141]. Lo que caracteriza a estas ciencias es su neutralidad valorativa, es decir, "la distinción entre juicios de hecho y juicios de valor y la rigurosa exclusión de estos últimos del horizonte del científico"[142]. Al declarar el positivismo metodológico independiente de la teoría y la ideología del derecho, Bobbio permitió al positivista abandonar el positivismo ideológico y su crítica a Radbruch *et al*. y el positivismo teórico con su concepción exegética al ingeniero social del Estado del bienestar. Desde Bobbio el verdadero positivista puede entregar estas posiciones y parapetarse en la más modesta del positivismo metodológico.

El problema con el positivismo metodológico es que en sus propios términos carece de sentido. En su momento el positivista podrá haber recibido la distinción bobbiana como una liberación, en la medida en que le permitía atender a lo que le interesaba sin tener que cargar con el lastre de la teoría y la ideología. Pero el método sólo era plausible en la medida en que la teoría y la ideología continuaran siendo las formas de auto-comprensión de las prácticas jurídicas en las que trabajaba el positivista, y en la medida en que esa auto-comprensión dejaba de creer en la supremacía del derecho creado (positivismo teórico) y en la importancia del respeto a las reglas legales como expresión de autogobierno (positivismo ideológico), el regalo de Bobbio se transformó en un presente griego que hace que los todavía autodenominados positivistas "metodológicos" o "analíticos" presenten como hemos visto un espectáculo similar a los grupos anti-romanos luchando entre sí en el palacio de Poncio Pilatos.

---

[141] Bobbio, *El Positivismo Jurídico*, 145.

[142] *ibíd*.

La razón por la que el positivismo metodológico caracterizado *à la* Bobbio es insostenible en sus propios términos es precisamente la razón por la cual es incorrecto hablar de positivismo "metodológico", explicada por el propio Bobbio: para Bobbio, el positivismo metodológico era "el positivismo jurídico como aproximación a-valorativa al derecho"[143], o "modo de acercarse al estudio del derecho"[144]. Bobbio explícitamente rechazó etiquetar este "modo de comprensión del derecho" como "método":

> Por "modo de acercarse al estudio del derecho" entiendo algo diferente de "método"; no se trata en efecto, de los instrumentos o de las técnicas empleadas en la investigación, con respecto a las cuales el positivismo jurídico no presenta una característica peculiar, sino más bien de la *delimitación del objeto de la investigación*, lo que revela cierta orientación hacia el estudio de algunos problemas más que de otros, y cierta actitud frente a la función misma de la investigación[145].

El positivismo "metodológico", entonces, es algo más que un método: es una tesis sobre cómo ha de delimitarse el objeto de la teoría del derecho. Pero el objeto de estudio de la teoría del derecho es el derecho; la respuesta a la pregunta por la correcta delimitación del objeto de estudio de la teoría del derecho es evidente: debe estudiar el derecho. En la medida en que el positivismo "metodológico" responde que el objeto de estudio de la teoría del derecho es lo que puede ser estudiado "a-valorativamente", descansa necesariamente sobre una teoría del derecho de acuerdo a la cual el derecho es susceptible de descripción a-valorativa. Es por esto que el positivismo metodológico no puede fundarse a sí mismo, y requiere de una teoría o de una ideología. Pero a su vez lo mismo puede decirse del positivismo jurídico como teoría, y por eso podemos decir que la forma básica de positivismo es el positivismo ideológico o ético, que es la conclusión que he tratado de defender en este artículo: el positivismo que se entiende a sí mismo como una re-presentación del derecho moderno[146].

---

[143] *ibíd*.

[144] Bobbio, *El Problema del Positivismo Jurídico*, 41.

[145] *ibíd*., 40 (cursivas añadidas).

[146] Aunque debe aceptarse que la versión que he esbozado en este artículo de un positivismo ético, *i.e*. una teoría del derecho moderno, no calificaría como positivismo ideológico en la tripartición de Bobbio. Para Bobbio, éste se caracteriza por conferir al derecho puesto "por el solo hecho de existir, un valor positivo, prescindiendo de toda consideración acerca de su correspondencia con el derecho ideal". La forma en que este valor es atribuido al derecho varía (Bobbio identifica dos formas que dan origen a dos versiones del positivismo ideológico), pero "de ambas posiciones se deduce la consecuencia de que las normas jurídicas deben ser obedecidas por sí mismas, en cuanto tales; con otras palabras, la obediencia a las normas jurídicas es una obligación moral" (*ibíd*., 46s). Yo no creo que esto sea un necesario componente de un positivismo como el de Bentham. Como hemos visto, Bentham sostuvo que el lema del ciudadano

Esto puede parecer una conclusión sorprendente: pareciera que el biólogo no necesita de una teoría normativa para definir los organismos que estudia. Desde luego, el biólogo necesita de una teoría del mundo, por tosca que sea, que le permita distinguir ciertos aspectos de él que estudiará; pero esa teoría no necesita ser normativa, no necesita ser una teoría de cómo sería bueno que el mundo fuera, o por qué es valioso que el mundo sea como es[147]. Pero lo que acabo de decir es que el positivista metodológico requiere de una teoría sobre cómo sería bueno que el derecho fuera. ¿Por qué no podemos, como Bobbio, ver al positivista metodológico simplemente como el análogo del biólogo en relación al derecho?

---

es "obedece puntualmente, censura libremente" (Bentham, *Fragment*, 230), con lo que parece abonar la tesis de Bobbio. Pero si lo valioso acerca del derecho moderno es que éste permite el autogobierno de una polis, entonces su teoría no necesita alegar que el derecho sea valioso por el solo hecho de existir, sino porque (y cuando) permite el autogobierno democrático; es agnóstico respecto de la existencia de un deber moral de obedecer al derecho, porque eso queda entregado a una teoría del valor de la pertenencia a una comunidad política. Por supuesto, no es parte del argumento de este artículo que éstas fueron las razones por las que el propio *Bentham* veía valor en el derecho moderno. La tesis no es una sobre cómo entender a Bentham, sino por qué parte de lo que Bentham decía es relevante para nosotros hoy (el argumento democrático en Bentham está más cerca de la idea liberal de identificar el interés público con el privado que de la preocupación con el autogobierno propia de la tradición republicana que he enfatizado en este artículo: véase Pendás, *J. Bentham*, 319-328. El positivista ético puede aceptar, desde luego, que el valor del autogobierno no es el único valor decente; el contenido de nuestras decisiones no es irrelevante para decidir sobre el valor que debe reconocerse a ellas como ejercicio de autogobierno. Lo que necesita afirmar es que esta última cuestión, la de si una decisión que es institucionalmente reconocida como *nuestra* debe ser *tratada* como nuestra por cada ciudadano es una pregunta *política* y no *jurídica*, es decir, es una pregunta para el ciudadano y no para el juez; el juez que se la formula está actuando como activista disfrazado de juez, no como juez (véase Atria, "Entre jueces y activistas"; Atria, "El derecho y la contingencia de lo político"). Desde el punto de vista jurídico las decisiones que institucionalmente son nuestras "cuentan como" nuestras decisiones. El legalismo del positivismo ético es una manifestación de esto. Desde el punto de vista político el derecho no tiene respuesta a la objeción que formula el que se rebela en contra de una decisión legislativa porque le parece que el contenido de esa decisión es demasiado injusta como para aceptarla como una decisión en parte de él. El derecho lo trata simplemente como un infractor. En este sentido, el positivista ético necesita creer que al menos a este nivel, si no antes, hay una radical irreducibilidad de lo político a lo jurídico (que refleja lo que puede llamarse, siguiendo a Christodoulidis, *Law and Reflexive Politics*, la "reflexividad" de la política). Por lo tanto el positivismo en la versión identificada en este artículo no necesita afirmar que "el derecho en todo caso realiza un valor, pero mientras en su versión extrema éste consiste en un valor final, en la versión moderada consiste en un valor instrumental" (Bobbio, *El Problema del Positivismo Jurídico*, 46).

[147] Aunque véase Moore, "Law as a Functional Kind". En todo caso, si el biólogo necesita esa teoría (como sostendría Moore o quienes haya tenido una sobredosis de Kuhn), el argumento del texto principal es más radical: no salva al positivista metodológico, sino hace aplicable la misma conclusión al biólogo.

La respuesta tiene que ver con el tipo de cosa que el derecho como hecho institucional[148] y los organismos vivientes son. Hay un sentido obvio en el que las características de (por ejemplo) la *drosophylia* son inmunes a las opiniones que el biólogo que la estudia o cualquier otra persona tenga respecto de ella. El biólogo puede entender que la *drosophylia* es parte de un mundo que no es afectado por sus creencias sobre la *drosophylia*. Las características (etc) de la *drosophylia* funcionan, desde el punto de vista del biólogo, como algo que debe ser explicado, es decir, algo que debe ser ubicado en el contexto de una teoría general (de la morfología o genética etc de los insectos, de los organismos vivientes, etc) pero que a la vez sirve de criterio de corrección de esas teorías: las teorías del biólogo intentan explicar una realidad que es independiente de ellas, y son correctas o incorrectas en la medida en que provean explicaciones satisfactorias. La explicación del mundo que está "allá afuera", como les gusta hiperbolizar a los filósofos autodenominados post-modernos, es lo que constituye el criterio de corrección de las teorías del biólogo. Para justificar su uso del método científico respecto del estudio de la estructura y funcionamiento de los organismos vivientes, en consecuencia, el biólogo sólo necesita creer que esas estructuras y funcionamiento son independientes de cómo nos gustaría a nosotros que fueran.

El problema para el jurista es precisamente que el derecho no es como la *drosophylia*. La descripción teórica del derecho no deja (como la descripción del biólogo) las cosas tal como estaban, y por consiguiente el científico del derecho no puede entender que el objeto de su estudio es independiente de la descripción que le da. La teoría del derecho re-presenta la práctica jurídica y al hacerlo la reconfigura al menos potencialmente, en el sentido de que si suficientes participantes aceptan esa teoría como la teoría correcta entonces esa teoría *será* por eso correcta.

En la primera parte de este artículo, al hablar de las disputas domésticas de los auto-denominados positivistas, hemos tenido oportunidad de referirnos a este problema: lo que las teorías entienden como "derecho" es distinto, y por consiguiente lo que la teoría le recomendaría hacer a un juez o abogado o ciudadano que cree que debe cumplir el derecho es distinto. Pero permítaseme volver sobre este problema de una manera ligeramente distinta.

Conforme al artículo 767 del Código de Procedimiento Civil chileno, es posible recurrir en contra de ciertas resoluciones judiciales (típicamente de segunda instancia) de *casación en el fondo*. La casación en el fondo es un recurso de derecho estricto, que procede respecto de las decisiones de esos

[148] El tema es discutido en el capítulo inicial de Atria, *Law and Legal Reasoning*.

tribunales "siempre que se hayan pronunciado con infracción de ley y esta infracción haya influido substancialmente en lo dispositivo de la sentencia". Si no ha habido infracción de ley, entonces, la sala respectiva de la Corte Suprema no tiene competencia para corregir la decisión del tribunal inferior.

Ahora imaginemos un caso discutible cualquiera, como por ejemplo un caso en el cual durante la negociación de un contrato una de las partes retuvo cierta información que si hubiera sido conocida por la otra habría llevado a que el contrato no se celebrara o que se celebrara en términos sustancialmente distintos. Las partes discuten sobre si la reticencia a comunicar esa información es constitutiva de mala fe, caso en el cual daría origen a responsabilidad por *culpa in contrahendo*, o es simplemente ejercicio de la libertad de cada parte de velar por sus intereses y no por los de la contraparte. El tribunal de segunda instancia decide que de parte del reticente ha habido mala fe, eligiendo una interpretación discutible pero no absurda del concepto de buena fe, y éste recurre de casación en el fondo.

Una teoría del derecho conforme a la cual en casos de este tipo ("penumbrales") los jueces tienen discreción en sentido fuerte lleva a la conclusión de que la decisión del tribunal inferior no puede haber sido dictada con infracción de ley, porque no hay nada *acerca del derecho* que haya podido infringir. La Corte Suprema, por consiguiente, carecería de competencia para revisar esa decisión. Por su parte, una teoría que entiende la labor del intérprete en casos como éste a la manera de la discreción en el sentido débil, por su parte, entendería que es posible que la interpretación del tribunal recurrido haya sido dictada con infracción de ley, y por consiguiente entendería que la Corte Suprema tiene competencia para ver la causa, escuchar los argumentos y decidir en sus méritos acerca de la corrección jurídica de la interpretación del juez recurrido. Para llegar a una conclusión u otra acerca de qué competencia tiene la Corte Suprema nos basta cambiar la descripción teórica. Cuando se trata de prácticas sociales como el derecho, el teórico no puede entender su labor como la descripción de algo que existe con independencia de su descripción, y por eso lo normativo y lo descriptivo están, hasta cierto punto, mezclados.

A partir de este ejemplo la tesis puede ser generalizada. El derecho, después de todo, es un hecho institucional, y los hechos institucionales existen en virtud de las creencias de los participantes en esas instituciones. Las teorías de estos hechos institucionales son retroalimentadas a los participantes, que entonces pueden ajustar sus creencias a las teorías de modo de creer cosas diversas en virtud de ellas. Si nosotros creyéramos, como creían los antiguos romanos, que las formas jurídicas están en el mundo, y que no pueden ser cambiadas sino descubiertas por los seres humanos, y que en consecuencia de lo que se trata es de aprender a manejarlas de la mejor

manera posible para obtener nuestros fines (como los ingenieros entienden las leyes de la gravedad, que han de ser conocidas y utilizadas para poder construir puentes), entonces nuestro derecho sería un derecho que está en el mundo y que no puede ser modificado[149]. Si nosotros creyéramos, como los abogados del *common law*, que el derecho es el desenvolvimiento de la razón través de la consideración y decisión de casos a la luz de lo que se ha considerado y decidido en el pasado, entonces para nosotros el derecho sería el desenvolvimiento de la razón a través de la consideración y la decisión de casos particulares a la luz de lo que se ha considerado y decidido en el pasado.

Dicho en breve, el derecho que es depende, hasta cierto punto, de lo que nosotros creamos que el derecho es. Pero a diferencia de las creencias del biólogo sobre la *drosophylia*, nuestras creencias sobre cómo es el derecho no son (sólo) creencias sobre cómo es el derecho con independencia de nuestras creencias, porque como los hechos institucionales en general el derecho existe porque (colectivamente) creemos que existe. Por lo tanto, nuestras creencias sobre cómo es el derecho (cuál es, por ejemplo, la correcta comprensión de las relaciones entre la constitución chilena y el resto del derecho chileno) son en parte creencias sobre como sería bueno que el derecho fuera. El ciudadano tanto como el jurista formulan y responden estas preguntas, de modo más o menos explícito (éste es el sentido de la famosa afirmación de Dworkin conforme a la cual "la teoría del derecho es la parte general de la adjudicación, el prólogo silencioso de cualquier decisión jurídica"[150]. El jurista que decide que la comprensión correcta del derecho es a-valorativa lo puede hacer creyendo que el derecho es como la *drosophylia*, existente en el mundo con independencia de nuestras creencias sobre él (lo que sería un caso de falsa conciencia, desde luego) o porque estudiar el derecho desde una perspectiva a-valorativa es la correcta manera de estudiar el derecho, dado el derecho que es (lo que incluye, como hemos visto, nuestras –y sus– creencias sobre cómo sería bueno que el derecho fuera). Por eso la labor del jurista supone una teoría sobre cómo sería bueno que el derecho fuera. Privado de esa teoría lo que hoy denominamos "positivismo jurídico" se hace trivial y estéril, como lo hemos visto y lo seguimos viendo.

Referencias

ACKERMAN, B.: Reconstructing American Law (Cambridge, MA: Harvard University Press, 1984).

[149] Véase *ibíd*., 204-222.

[150] Dworkin, *Law's Empire*, 90 [74].

ALCHOURRÓN, C. y E. Bulygin: Normative Systems (New York: Reidel, 1971) [Introducción a la Metodología de las Ciencias Jurídicas y Sociales (Buenos Aires: Astrea, 1987; edn. orig. 1971)].

ALEXY, R.: "Derecho injusto, retroactividad y principio de legalidad penal", en 23 DOXA (2000), pp. 197-230.

ALONSO, J.P.: "Un caso difícil en el Código Civil español", en 17-18 Doxa (1995), pp. 403-432.

ARENDT, H.: On Revolution (Harmondsworth: Penguin, 1977; edn. orig. 1963) [Sobre la Revolución (Madrid: Alianza, 1988; traducido por P. Bravo)].

ATRIA, F.: "Del derecho y del razonamiento jurídico", en 22 Doxa (1999), pp. 79-119.

— "El derecho y la contingencia de lo político", en 26 Doxa (2004), pp. 319-345.

— "Entre jueces y activistas disfrazados de jueces", en Lagunas en el Derecho. Una controversia sobre el derecho y la función judicial (Madrid: Marcial Pons, 2005), pp. 159-183.

— "Jurisdicción e independencia judicial: el poder judicial como poder nulo", en 5 Revista de Estudios de la Justicia (2005), pp. 119-141.

— "La hora del derecho. Los 'derechos humanos' entre el derecho y la política", en 91 Estudios Públicos (2003), pp. 45-90.

— "La impureza de la aplicación del derecho y sus consecuencias", en Squella, A (ed.): ¿Qué queda de la Teoría Pura del Derecho? (Valparaíso: EDEVAL, 2005), pp. 157-192.

— On Law and Legal Reasoning (Oxford: Hart Publishers, 2002).

BEATTY, D.: The Ultimate Rule of Law (Madrid: Oxford University Press, 2004).

BENTHAM, J.: Bentham to the Citizens of the United States (Edinburgh: William Tait, 1843; edn. orig. 1827).

— Fragment on Government (Edinburgh: William Tait, 1843; edn. orig. 1790).

— Justice and Codification Petitions (Edinburgh: William Tait, 1843; edn. orig. 1827).

— Of Laws in General (London: Athlone Press, 1970).

— Rationale of Judicial Evidence (Edinburgh: William Tait, 1843; edn. orig. 1827).

— Bentham, J: *Draught of a Code for the Organization of the Judicial Stablishment in France* (Edinburgh: William Tait, 1843; edn. orig. 1790).

BOBBIO, N.: El Positivismo Jurídico (Madrid: Debate, 1998; edn. orig. 1961; traducido por R. de Asís y A. Greppi).

— El Problema del Positivismo Jurídico (Buenos Aires: EUDEBA, 1965).

BÖHMER, M.: "La corte de los '80 y la corte de los '90: un diálogo sobre el rule of law en Argentina", en Estado de Derecho y Democracia (Buenos Aires: Editores del Puerto, 2001), pp. 93-118.

CAMPBELL, T.: The Legal Theory of Ethical Positivism (Aldershot: Darmouth, 1996).

CHRISTODOULIDIS, E.: Law and Reflexive Politics (Dordrecht: Kluwer, 1998).

COKE, E.: Dr Bonham's Case (Indianapolis, IN: Liberty Fund, 2004; edn. orig. 1607).

— Prohibitions del Roy (Indianapolis, IN: Liberty Fund, 2004; edn. orig. 1607).

COLEMAN, J.: "Authority and Reason", en George (ed.): The Autonomy of Law (Oxford: Clarendon Press, 1996), pp. 287-319.

— "Negative and Positive Positivism", en Cohen, M (ed.): Ronald Dworkin and Contemporary Jurisprudence (Cambridge, MA: Harvard University Press, 1975).

COMANDUCCI, P.: "Formas de neoconstitucionalismo: un análisis metateórico", en 16 Isonomía (2002), pp. 89-112.

DETMOLD, M.J.: "Law as Practical Reason", en 48 Cambridge Law Journal (1989), pp. 436-471.

DWORKIN, R.: "The Forum of Principle", en A Matter of Principle (Oxford: Clarendon Press, 1985; edn. orig. 1981), pp. 33-71.

— Freedom's Law (Cambridge, MA: Harvard University Press, 1996).

— "Hart's Postscript and the Character of Political Philosophy", en 24 Oxford Journal of Legal Studies (2004), pp. 1-37.

— Law's Empire (London: Fontana, 1986) [El Imperio de la Justicia (Barcelona: Gedisa, 1988; edn. orig. 1986; traducido por C. Ferrari)].

ELY, J.H.: Democracy and Distrust (Cambridge, MA: Harvard University Press, 1980).

ENDICOTT, T.: "Raz on Gaps: the Surprising Part", en Meyer, L.H., T. Pogge y S. Paulson (eds): Rights, Culture, and the Law: Themes from the legal and political philosophy of Joseph Raz (Oxford: Oxford University Press, 2003), pp. 99-118.

FERRAJOLI: "Pasado y futuro del Estado de derecho", en Carbonell, M. (ed.): Neoconstitucionalismo (s) (Madrid: Trotta, 2003), pp. 13-29.

FULLER, L.: "Positivism and Fidelity to Law – A Reply to Professor Hart", en 71 Harvard Law Review (1958), pp. 630-672.

GUASTINI, R.: "La constitucionalización del ordenamiento jurídico: el caso italiano", en Carbonell, M. (ed.): Neoconstitucionalismo (s) (Madrid: Trotta, 2003), pp. 49-73.

HART, H.L.A.: The Concept of Law (Oxford: Clarendon Press, 1994; edn. orig. 1961) [El Concepto de Derecho (Buenos Aires: Abeledo-Perrot, 1963; traducido por G. Carrió)].

— "Demystification of the Law", en Essays on Bentham. Jurisprudence and Political Theory (Oxford: Clarendon Press, 1982).

— "Kelsen's Doctrine of the Unity of Law", en Essays in Jurisprudence and Philosophy (Oxford: Clarendon Press, 1968), pp. 309-342 ["La teoría de Kelsen sobre la unidad del derecho", en 21 Boletín Mexicano de Derecho Comparado (1974), pp. 105-140; traducido por R. Tamayo].

— "Positivism and the Separation between Law and Morals", en Essays in Jurisprudence and Philosophy (Oxford: Clarendon Press, 1958), pp. 49-87 ["El positivismo y la independencia entre el derecho y la moral", en Dworkin, R. (ed): La Filosofía del Derecho (México: Fondo de Cultura Económica, 1980; traducido por J. Sáinz), pp. 35-74].

HOBBES, T.: Leviathan (Oxford: Oxford University Press, 1965; edn. orig. 1651) [Leviathan (México: Fondo de Cultura Económica, 1987; traducido por M. Sánchez)].

IHERING, R.: El Espíritu del Derecho Romano (Granada: Comares, 1852-1865; edn. orig. 1998).

KELSEN, H.: General Theory of Law and State (Birmingham, Alabama: Legal Classics Library, 1990).

— ¿Quién debe ser el defensor de la constitución? (Madrid: Tecnos, 1935; traducido por Brie, R.).

KRAMER, M.: In Defense of Legal Positivism. Law without Trimmings (Oxford: Clarendon Press, 1999).

LACEY, N.: A Life of H L A Hart. The Nightmare and the Noble Dream (Oxford: Oxford University Press, 2004).

MACINTYRE, A.: After Virtue. A Study in Moral Theory (London: Duckworth, 1985) [Tras la Virtud (Barcelona: Crítica, 1987; traducido por A Varcárcel)].

MARMOR, A.: Positive Law and Objective Values (Oxford: Clarendon Press, 2001).

MILL, J.S.: Utilitarianism (Oxford: Oxford University Press, 1998; edn. orig. 1863) [El Utilitarismo (Madrid: Alianza, 1984; traducido por E. Guisán)].

MOORE, M.: "Law as a Functional Kind", en George (ed.): Natural Law Theory (Oxford: Clarendon Press, 1994; edn. orig. 1994), pp. 188-242.

MORESO, J.J.: "A Brilliant Disguise. Entre fuentes y lagunas", en Lagunas en el Derecho. Una controversia sobre el derecho y la función judicial (Madrid: Marcial Pons, 2005).

— "Comanducci sobre neoconstitucionalismo", en 198 Isonomía (2003), pp. 267-282.

— La Teoría del Derecho de Bentham (Barcelona: PPU, 1992).

MORESO, J.J. y J.M. Vilajosana: Introducción a la Teoría del Derecho (Madrid: Marcial Pons, 2004).

MOUFFE, C.: El Retorno de lo Político (Madrid: Paidos, 1999).

NAVARRO, P.: "Casos difíciles, lagunas en el derecho y discreción judicial", en Lagunas en el Derecho. Una controversia sobre el derecho y la función judicial (Madrid: Marcial Pons, 2005).

PENDÁS, B.: J. Bentham: política y derecho en los orígenes del estado constitucional (Madrid: Centro de Estudios Constitucionales, 1988).

POCOCK, J.A.G.: The Machiavellian Moment, Florentine Political Thought and the Atlantic Republican Tradition (Princeton, NJ: Princeton University Press, 1975).

POSTEMA, G.: Bentham and the Common Law tradition (Oxford: Clarendon Press, 1986).

POZZOLO, S.: "Neoconstitucionalismo y especificidad de la interpretación constitucional", en Doxa (1998), pp. 339-353.

RADBRUCH, G.: "Arbitrariedad legal y derecho supralegal", en El Hombre en el Derecho (Buenos Aires: Depalma, 1980; edn. orig. 1946), pp. 127-141.

RAWLS, J.: Political Liberalism (New York, NY: Columbia University Press, 1993) [Liberalismo Político (México: Fondo de Cultura Económica, 1995; traducido por S.R. Madero)].

RAZ, J.: "Authority, Law and Morality", en Ethics in the Public Domain (Oxford: Clarendon Press, 1985), pp. 194-221 ["Autoridad, derecho y moralidad", en

La Ética en el Ámbito Público (Barcelona: Gedisa, 2001; traducido por M.L. Melón), pp. 227-257].

— El Concepto de Sistema Jurídico (México: UNAM, 1986; traducido por Tamayo, R.).

— "The Inner Logic of the Law", en Ethics in the Public Domain (Oxford: Clarendon Press, 1994), pp. 222-237 ["La lógica interna del derecho", en La Ética en el Ámbito Público (Barcelona: Gedisa, 2001)].

— "Legal Reasons, Sources and Gaps", en The Authority of Law (Oxford: Clarendon Press, 1979), pp. 53-77.

— "Postema on Law's Autonomy and Public Practical Reason: a Critical Comment", en 4 Legal Theory (1998), pp. 1-20.

— Practical Reason and Norms (Princeton: Princeton University Press, 1992; edn. orig. 1975; traducido por J. Ruiz Manero) [Razón Práctica y Normas (Madrid: Centro de Estudios Constitucionales, 1992; traducido por J. Ruiz Manero)].

RODRÍGUEZ, J.L.: "Imagen actual de las lagunas en el derecho", en Lagunas en el Derecho. Una controversia sobre el derecho y la función judicial (Madrid: Marcial Pons, 2005).

SCHAUER, F.: Playing by the Rules (Oxford: Clarendon Press, 1991) [Las Reglas en Juego (Madrid: Marcial Pons, 2004; traducido por C. Orunesu y J.L. Rodríguez)].

SHEPPARD, S. (ed.): The Selected Writings of Sir Edward Coke (Indianapolis, IN: Liberty Fund, 2004).

SMART, J.C.C.: "Extreme and Restricted Utilitarianism", en P Foot (ed.): Theories of Ethics (Oxford: Oxford University Press, 1967; edn. orig. 1956), pp. 171-183 ["Utilitarismo expremo y restringido", en P Foot (ed.) Teorías sobre la Ética (México: Fondo de Cultura Económica, 1974; traducido por M. Arbolí), pp. 171-183].

STEIN, P.: Regulae Iuris. From Juristic Rules to Legal Maxims (Edinburgh: Edinburgh University Press, 1966).

VON KIRCHMANN, J.H.: La Jurisprudencia no es Ciencia (Madrid: Centro de Estudios Constitucionales, 1983; traducido por A. Truyol y Sierra).

WALDRON, J.: "Custom Redeemed by Statute", en 51 Current Legal Problems (1998), pp. 93-114.

— Law and Disagreement (Oxford: Clarendon Press, 1999).

— "Normative (or Ethical) Legal Positivism", en Coleman, J (ed.): Hart's Postscript. Essays on the Postscript to The Concept of Law (Oxford: Oxford University Press, 2001).

ZAGREBELSKY, G.: El Derecho Dúctil (Madrid: Trotta, 1995; edn. orig. 1995).

A PROPÓSITO DE LOS DERECHOS HUMANOS

LA FUERZA SIMBÓLICA DE LOS DERECHOS HUMANOS[1]

Marcelo Neves
Escola de Direito de São Paulo

RESUMEN. Los derechos humanos son construcciones y conquistas político-jurídicas de la modernidad que responden de un lado a las demandas sociales de autonomía de las diversas esferas de comunicación (se trataría de evitar la represión de la autonomía jurídica o política por un código empíricamente más fuerte, en nuestros días, el económico) y de otro a la demanda —en las condiciones de disenso estructural propias de la sociedad moderna (estatal e internacional)— de inclusión de personas y grupos. Sin embargo, los derechos humanos enfrentan diversas paradojas. De ellas, las que se refieren a su positivización y a su internacionalización son las aquí abordadas. En este ámbito de problemas, la fuerza simbólica de los derechos humanos aparece como ambivalente: por un lado, lleva a la afirmación y realización generalizada de los derechos; por otro lado, actúa como forma de manipulación política encubriendo situaciones de falta de derechos o, de forma todavía más grave, posibilitando la opresión política y con ella violaciones escandalosas de los mismos. El uso retórico de los derechos humanos por Estados Unidos de América merece una aproximación crítica en cuanto que pone

ABSTRACT. Human rights are modern constructions and political-legal achievements which answer, on the one hand, the social demands for autonomy made by the different areas of communication (their aim is to avoid the repression of legal or political autonomy by an empirically stronger code, nowadays, the economic) and, on the other hand, they answer the demand for inclusion of persons and groups, in the conditions of structural dissent which characterize modern society (state and international). However, human rights face various paradoxes. Of these, the ones dealt with here are those which refer to their becoming positive and international. When referring to these problems, the symbolic strength of human rights appears to be ambivalent: on the one hand, it leads to the affirmation and the generalized exercise of the rights; on the other hand, it acts as a kind of political manipulation hiding situations where rights are lacking, or even more seriously, enabling political oppression to exist and, as a result, making possible scandalous violations of these rights. The rhetoric use of human rights by the United States of America deserves a critical approach, in so far as

[1] El presente artículo es una versión revisada de la conferencia pronunciada en la XVIII Conferência Nacional dos Advogados, realizada en Salvador, Bahia, del 11 al 15 de Noviembre de 2002.

de manifiesto cómo la fuerza simbólica negativa contradice y pone en riesgo la propia afirmación simbólica y el logro de los derechos humanos en la sociedad mundial compleja y heterogénea del presente.

it demonstrates the way in which negative symbolic strength contradicts and puts at risk the symbolic affirmation itself and also the achievement of human rights in the complex and heterogeneous world society that exists today.

I

La conexión de dos expresiones tan vagas, ambiguas y, tal vez pudiera decirse, pretenciosas en el título de esta conferencia torna mi exposición especialmente delicada. Es cierto que éste es un problema inherente a todos los conceptos relevantes en las áreas del conocimiento referentes al mundo cultural y social. Sin embargo, en lo que concierne al adjetivo 'simbólico' y a la expresión 'derechos humanos', se puede observar una abusiva exageración en sus usos, sin que se aprecie una especial preocupación por sus contenidos significativos. En el primer caso, en lo tocante al término 'simbólico', la cuestión surge más bien en relación con la dimensión cognoscitiva: hay una variedad de usos que dan al término muchas veces un giro teórico poco fructífero. En ese sentido, Umberto Eco calificó aquella ocasión en la que se reunieron los editores del diccionario filosófico de Lalande para discutir públicamente sobre la definición de 'símbolo' como "uno de los momentos más patéticos de la lexicografía filosófica", enfatizando que el diccionario "*no concluye*: la conclusión indirecta a la que Lalande invita es que el símbolo es muchas cosas, y ninguna. En síntesis, no se sabe lo que es" (*Eco*, 1984: 199 s. –tr. br., 1991: 196; cf. *Lalande*, org., 1992: 1079-81).[2] En el segundo caso, en lo concerniente a los 'derechos humanos', el problema se plantea sobre todo (aunque no sólo) respecto a la dimensión normativa. La idea de que los derechos humanos son "esenciales", fundamentales y universales conduce a una lucha por incluir ciertos contenidos y excluir otros de su ámbito semántico, en función de cuáles sean los valores *particulares* de los respectivos grupos y del contexto histórico correspondiente. Con cierto cinismo o, como mínimo, ironía, podría decirse en relación con 'derechos humanos' –recuperando la terminología de Lévi-Strauss (1973: XLIX s., nota 1, tr. br., 1974: 35, nota 37)– que se trata de un "significante fluctuante" o de "valor simbólico cero", cuya función o eficacia sería "la de oponerse a la ausencia de significado sin comportar por sí mismo significado alguno". Otra alternativa consistiría en afirmar, apoyándonos en el modelo deconstructivista, que la expresión

[2] En relación con la ambigüedad de 'símbolo', 'simbólico' y 'simbolismo', ver *Neves*, 1994a: 11 s.

'derechos humanos' constituye un "significante vacío" (*Laclau*, 1994). Estas distintas posibilidades, sin embargo, no nos serían de gran ayuda para abordar el problema del que nos ocupamos en esta conferencia, sino que nos servirían sólo para cuestionar el uso semánticamente arbitrario del significante 'derechos humanos'. Así las cosas, es preciso reconstruir el campo de sentido predominante en que los derechos humanos son utilizados en el discurso político y jurídico contemporáneo para, a partir de ahí, enfrentar con la mayor claridad posible el problema de su fuerza simbólica.

En la exposición que sigue, pretendo, en primer lugar, delimitar muy brevemente el sentido en que empleo el término 'simbólico' y la expresión 'fuerza simbólica' en el ámbito de la presente conferencia, incidiendo en las ambigüedades que vienen aparejadas en el uso de este término (II). A continuación, abordaré la cuestión semántica del significado y la pragmática de los portadores de los derechos humanos, señalando que no se trata de derechos "eternos", sino de construcciones y conquistas político-jurídicas de la modernidad que han posibilitado diferentes formas concretas de positivación e "interpretación" de acuerdo con el contexto cultural y social respectivo; en esta parte, me referiré también a las paradojas de los derechos humanos, y a las formas de su desarrollo y superación (III). Apoyándome en estos presupuestos, entraré en el núcleo de mi exposición caracterizando la fuerza simbólica de los derechos humanos como ambivalente: por un lado, propicia la afirmación y realización generalizada de derechos relacionados con la inclusión jurídica en condiciones de disenso estructural; por otro lado, actúa como forma de manipulación política, ya sea para encubrir situaciones de carencia de derechos, o bien, más gravemente, para dar cobertura a la opresión política, implicando, en ese caso, violaciones escandalosas de los propios derechos humanos sobre amplios segmentos de la población civil inocente. A ese respecto, me concentraré, en primer lugar, en la fuerza simbólica de los derechos humanos en el plano de los Estados (IV) y, después, la abordaré en el contexto internacional y mundial (V). Finalmente, intentaré formular una breve crítica al uso retórico de los derechos humanos por la única superpotencia que existe actualmente, los Estados Unidos de América, uso cuya fuerza simbólica negativa contradice y pone en riesgo la propia afirmación simbólica y la realización de los derechos humanos en la compleja y heterogénea sociedad mundial del presente (VI).

II

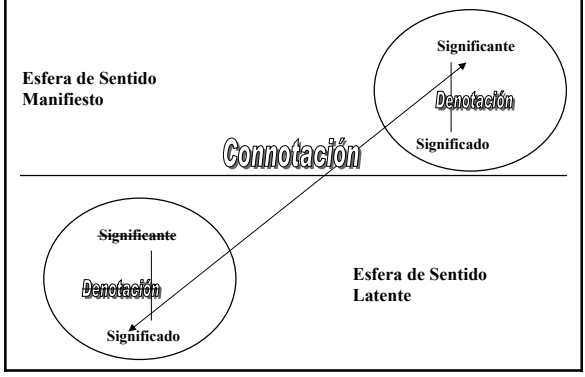
Muy comúnmente, la referencia al término 'simbólico' sugiere que nos encontramos ante algo diferente de lo fáctico, de lo real. Sin embargo, toda la dimensión de lo semiótico, no sólo lo simbólico en el sentido que yo pretendo darle aquí, es realidad que se refiere a realidad. Constituye un

plano reflexivo de la realidad construida socialmente. De ahí la paradoja de los signos: son formas de referencia a la realidad que, en cierto modo, construyen esa misma realidad y constituyen, ellos mismos, parte de la realidad social, pudiendo ser referidos como objetos (signos-objeto) en otros planos semióticos. No se trata, sin embargo, de planos en el sentido formal de la teoría de los tipos (*Russell*, 1968,: 75-80). No sólo entre significante y significado existe una circularidad dinámica en el proceso de construcción de las significaciones, sino que también la relación entre signos referentes y signos referidos, aunque asimétrica, incluye "entrelazamientos" (cf. *Hofstadter*, 1979,: el esp. 21 s., tr. br., 2001: esp. 23 ss.), auto-referencia o circularidad: así, por ejemplo, el lenguaje judicial, cuyo objeto es el lenguaje legal, al interpretarlo, construye, en parte, el sentido de éste, de tal manera que la distinción entre lenguaje-objeto y metalenguaje resulta relativizada (cf. *Neves*, 1994a,: 82, 2000: 146 y 148). En suma, los signos son parte de la realidad social que, paradójicamente, se refieren a esta misma realidad social, autoconstruyéndola.

Pero con la dimensión simbólica en sentido estricto, esta cuestión adquiere una nueva especificidad. Esto significa que no adopto un concepto holístico, inespecífico de lo simbólico, no confundo lo simbólico con lo semiótico (*Cassirer*, 1944,: 24 ss., tr. br., 1972: 49 ss.; 1988: 1 ss.), ni defino la estructura social simplemente como simbólica (Lévi-Strauss, 1973: XIX, tr. br., 1974: 9; 1958: 305 s.)[3], ni tampoco reduzco la política a una dimensión de lo simbólico (*Edelman*, 1967, 1977). En el uso que hago aquí, que encuentra amplio respaldo en las ciencias sociales en general y en la propia semiología, lo simbólico constituye sólo una dimensión (aunque enormemente relevante) de lo social y de lo propio semiótico (cf. *Neves*, 1994a: 24 ss). Lo simbólico implica un lenguaje o discurso en el que hay un desplazamiento de sentido hacia otra esfera de significaciones (vid. Figura 1). El actuar simbólico es connotativo en la medida en que adquiere un sentido mediato e impreciso, que se añade a su significado inmediato y manifiesto (*Gusfield*, 1986: 170, 1967: 177) y que prevalece en relación con este último. Así, por ejemplo, el significado político latente de un texto con sentido manifiestamente jurídico puede ser inmensamente más relevante que éste. A este respecto, estudiando un caso de legislación simbólica –la "ley seca" en los Estados Unidos–, Joseph Gusfield subrayó cómo muchas leyes, por sus contenidos, resultan dignificadas tanto en caso de violación generalizada

[3] Es bajo la innegable influencia de la antropología estructuralista de Lévi Strauss que Bourdieu y Passeron desarrollan el concepto de "violencia simbólica", "eficacia simbólica" o "poder simbólico" (cf. *Bourdieu* / *Passeron*, 1970: 13-84; *Bourdieu*, 1971: 298 ss., 1982: esp. 97-161, 1989: esp. 48 ss. y 552 ss.).

Figura 1
Fuerza Simbólica:
Desplazamiento de sentido hacia otra esfera de significado



cuanto en la hipótesis de cumplimiento sistemático (*Gusfield*, 1967: 177), para resaltar justamente que la fuerza político-simbólica de esa legislación estaba relacionada con su falta de eficacia jurídica.

En un estudio anterior sobre constitucionalización simbólica (*Neves*, 1994a), hice hincapié en el carácter negativo de lo simbólico para la normatividad constitucional. En aquel contexto y ámbito específico de problemas, se destacaba la hipertrofia de la dimensión político-simbólica del texto constitucional en detrimento de su eficacia jurídica. La constitucionalización simbólica consistiría en una "superexplotación" del Derecho por la política, de tal manera que la propia autonomía operacional del sistema jurídico estaría con ello perjudicada (*ibídem*: 132). No se negaba que toda Constitución tiene una dimensión simbólica, ni que ésta puede servir a la propia normatividad constitucional, pero sí se restringía el concepto de constitucionalización simbólica a esas situaciones de hipertrofia de lo político-simbólico en perjuicio de la fuerza normativo-jurídica del texto constitucional. Tampoco se negaba el carácter positivo de la constitucionalización simbólica en el proceso de superación del autoritarismo y la lucha por la democratización (*ibídem*: 162), pero no se ponía esa dimensión en primer plano.

En el presente contexto, al tratar de la "fuerza simbólica de los derechos humanos", cabe más bien subrayar la ambivalencia de lo simbólico. Es verdad que, en el ámbito de lo normativo, cuando enfatizamos la fuerza simbólica, sugerimos un cierto grado de falta de fuerza normativa, al menos de momento, de los correspondientes actos, discursos, declaraciones o textos. Pero el carácter connotativo de declaraciones, discursos, acciones y textos simbólicos no siempre sirve al mantenimiento del *statu quo* de carencia de

los respectivos derechos. La dimensión simbólica de lo normativo puede contribuir justamente a la superación de situaciones concretas de negación de los derechos. La referencia simbólica a una determinada institución jurídica caracterizada por un alto grado de ineficacia normativo-jurídica posibilita tanto el encubrimiento de esa realidad, e incluso la manipulación política para usos contrarios a la concretización y efectividad de las respectivas normas, cuanto también una amplia realización en el futuro del modelo normativo en cuestión. En efecto, la fuerza simbólica de acciones, textos, declaraciones y discursos de carácter normativo puede traer aparejado tanto el mantenimiento de una situación de falta de derechos como la movilización para la construcción y realización de los mismos. Esta ambivalencia significa que lo simbólico no se reduce a lo "ideológico", en el sentido de ilusión negadora de otras alternativas, ni a lo "retórico", en el sentido de una persuasión no comprometida con el acceso a los derechos, ya que también incorpora, paradójicamente, el espacio para la crítica del modelo normativo que se presenta como fachada. Además, cualquier recurso a la fuerza simbólica implica siempre un riesgo. Por un lado, la afirmación simbólica de derechos e instituciones jurídicas sin compromiso alguno con el acceso real a los mismos o a su realización efectiva puede llevar a la apatía pública y al cinismo de las élites (*Neves*, 1994a: 112 y 161; *Kindermann*, 1989: 270) como también conducir a la movilización social que conduzca a su concreción normativa y a su realización efectiva. En ese sentido, subraya Friedrich Müller en referencia a los textos normativos: "A fin de cuentas, no se decretan impunemente textos de normas y textos constitucionales que hayan sido concebidos con precomprensión insincera. Los textos pueden devolver el golpe [*zurückschlagen*]" (1997: 56, tr. br., 1998: 105). Por otro lado, también el recurso crítico a la fuerza simbólica para promover la efectividad de los modelos jurídicos y el acceso a los derechos solemnemente declarados puede volverse en contra negativamente generando una apatía pública y una desconfianza en las propias posibilidades reales de conquista de derechos, así como un desprecio cínico por parte de las élites dominantes en relación con la inocuidad de sus críticos, mientras no se tomen en consideración de forma adecuada los límites socio-estructurales del funcionamiento de las instituciones en cuestión y el goce efectivo de los derechos por la masa de excluidos. El Derecho no es una esfera aislada en el mundo social, sino que existe una variedad de presupuestos no-jurídicos (económicos, políticos, culturales, científicos, técnicos, educativos etc.) de lo jurídico.

En el presente, estas ambivalencias de la fuerza simbólica de lo normativo se manifiestan de manera especialmente relevante en el ámbito de los derechos humanos. Sin embargo, antes de entrar en el tema central de nuestra conferencia, es menester delimitar para nuestros fines el campo semántico

(de significación) y, de manera inseparable de éste, el campo pragmático (de los titulares) de los derechos humanos.

III

Cuando me refiero a los derechos humanos, no apunto a una noción de derechos eternos, esenciales, ahistóricos. Los derechos humanos constituyen una conquista de la sociedad moderna, pudiendo ser también caracterizados como una construcción o "invención" de la modernidad (cf. *Bobbio*, 1992; *Lefort*, 1981). Con ello no se quiere negar que haya antecedentes históricos de la idea de derechos humanos ya en la Antigüedad, que persisten hasta el inicio de la era moderna (cf. *Gerhardt*, 20 ss.). Pero tampoco se debe concluir de aquí que los derechos humanos no hayan sido "inventados" (en el sentido de socialmente construidos) en el ámbito de una nueva semántica de la sociedad moderna[4], en correspondencia con transformaciones radicales de la estructura social que implicarán la denominada "Revolución de los derechos humanos" (*Gauchet*, 1989). Evidentemente, ninguna "invención", en tanto que construcción social, surge de la nada. Los derechos humanos se remontan a nociones pre-modernas en el ámbito de la filosofía, de la teología y de la política (cf. *Brunkhorst*, 2000, 2002), pero constituyen un nuevo artefacto social que emerge con la modernidad. En este sentido, se puede observar que la idea moderna de los derechos humanos viene a presentarse como un sustituto de la noción más antigua de Derecho natural, de tal manera que su fundamentación es una "herencia que nos dejó la decadencia del antiguo Derecho natural europeo" (*Luhmann*, 1993a: 539). Pero mientras que en la tradición del Derecho natural pre-moderno las expectativas cognoscitivas y normativas se entremezclan (la "naturaleza esencial" como modelo normativo) y hay una suerte de preponderancia del pasado en relación con el futuro, determinando y fijando aquél a éste, el surgimiento de los derechos humanos implica tanto la distinción entre lo normativo y lo cognoscitivo como una orientación hacia el futuro. Los derechos humanos se relacionan, por tanto, con la "apertura de la sociedad moderna hacia el futuro" (*Luhmann*, 1993b: 115). Sin embargo, no se trata simplemente del reconocimiento y confirmación de esa apertura hacia el futuro. Al reconocimiento y a la confirmación *cognitivos* de la contingencia social y a la incertidumbre respecto del futuro en el ámbito de la sociedad moderna, los derechos humanos responden con la demanda *normativa* de estructuración de la "apertura hacia el futuro". Eso significa que los derechos humanos sirven para la transformación de la complejidad desestructurada en comple-

[4] En sentido contrario, vid. *Gehardt*, 1999: especialmente 26 s.

jidad estructurada[5], al incluir la pretensión de justificar ciertas expectativas normativas y excluir la validez jurídica de otras. Este papel estructurador de la apertura hacia el futuro y de la complejidad se relaciona con demandas normativas sensibles al reconocimiento cognoscitivo del exceso de posibilidades y riesgos inherentes a la sociedad moderna.

De la misma manera que tienen relación con la hipercomplejidad, el alto grado de contingencia y la amplia apertura hacia el futuro –que caracterizan a la sociedad moderna (*Luhmann*, 1981: 80, 1992: 93 ss., 1987b: 344 ss.)–, los derechos humanos, así como ya se dijo respecto de los derechos fundamentales positivizados constitucionalmente (*Luhmann*, 1986: 23-25), van referidos al "peligro de desdiferenciación", sirviendo a la dinámica de un orden social cuyas comunicaciones permanecen "abiertas a la diferenciación", es decir, al "mantenimiento de un orden diferenciado de comunicación". En otras palabras, puede decirse que los derechos humanos responden a las exigencias sociales de autonomía de las diversas esferas de comunicación y de discursos. Aunque desde una perspectiva crítica y con otro lenguaje, ya Marx (1988: 361 ss.), al definir los "derechos humanos" ("en contraposición a los derechos del ciudadano") como "derechos de quien es miembro de la sociedad burguesa, esto es, del hombre egoísta" (364), sugería una conexión con un problema de diferenciación social: "El hombre no fue por ello liberado de la religión, obtuvo la libertad religiosa. No fue liberado de la propiedad, obtuvo la libertad de propiedad. No fue liberado del egoísmo de la industria, obtuvo la libertad industrial" (369).[6] Más tarde, las críticas de Lefort (1981) a las tendencias totalitarias contrarias a los derechos humanos también apuntaban en esa dirección: a que se reconduzca la institucionalización de esos derechos hacia el "desintrincamiento" de poder, ley y saber, acentuando que no se trata de una escisión de esos dominios (1981: 64, tr. br., 1987: 53). En esta perspectiva, la subordinación del Derecho y del saber a la política es incompatible con los derechos humanos. Pero el "desintrincamiento" (la diferenciación) puede referirse aquí de forma más general a las diversas esferas de comunicación (subsistemas) o juegos del lenguaje (discursos) con pretensión de autonomía en condiciones de complejidad. La negación de la diferenciación o la represión de la autonomía sistémica o discursiva por un código empíricamente más fuerte en un contexto social determinado, hoy antes el económico que el político, actúa en sentido opuesto a la positivización

[5] Sobre la distinción entre complejidad estructurada y no estructurada, cf. *Luhmann*, 1987ª: 383, 1987b: 6s. De forma paralela, distingue Luhmann entre complejidad indeterminada/indeterminable y determinada/determinable (1971:300-302, 1975: 209 ss).

[6] Sin embargo, en su postura crítica, Marx hablaba de "descomposición del hombre" (1988:357), no de diferenciación social.

de los derechos humanos. Una expansión de la economía o de la política con efectos socialmente "desdiferenciadores" trae aparejado no sólo el rechazo de la autonomía del Derecho (legalidad y constitucionalidad en el ámbito de los Estados o, de forma más comprensiva, *rule of law* y *due process of law*), presupuesto de realización de los derechos humanos, sino también la ocultación de las libertades en los ámbitos de la ciencia, el arte, la educación etc.

Por otra parte, los derechos humanos no se refieren solamente a la pluralidad y autonomía de sistemas sociales y discursos, resistiendo el peligro de la "desdiferenciación" (sobre todo política y económica, pero también religiosa, mediática, etc.) de la sociedad, sino que también implican la inclusión de personas y grupos. Desde el punto de vista pragmático de los portadores o destinatarios, los derechos humanos tienen la pretensión de ser universalmente válidos. Todo hombre es portador de los derechos humanos. Mientras los modelos iusnaturalistas que se remontan al pensamiento europeo antiguo tendían a excluir ciertas clases de hombres (esclavos, mujeres y, en cierta manera, también a los extranjeros) para construir un orden jerárquico entre los hombres en relación con sus derechos, los derechos humanos (modernos) tienen la pretensión de una inclusión generalizada de todos los hombres en el ámbito jurídico. Por tanto, en este sentido, no constituyen una expresión ética de valores colectivos particulares porque se relacionan con un discurso con pretensión normativa de universalidad pragmática[7]. Desde esa perspectiva, los derechos humanos pueden definirse como *expectativas normativas de inclusión jurídica de todos y cada una de las personas en la sociedad (mundial) y,* por consiguiente*, de acceso universal al Derecho en cuanto subsistema social* (autónomo). Mientras que en el concepto de justicia, la noción de *igualdad* está en primer plano, en el concepto de derechos humanos es la idea de *inclusión* jurídica como acceso al Derecho la que es central, aunque no sólo la primera presupone la segunda, sino que esta última se orienta en el sentido de aquélla. La exclusión jurídica de amplios grupos humanos se presenta justamente como la dimensión negadora de los derechos humanos que, paradójicamente, fortifica su semántica y también las expectativas normativas correspondientes. De forma diferente a la ciudadanía en sentido amplio, que apunta hacia la inclusión jurídica generalizada en el ámbito de un orden estatal particular (*Neves*, 2000: 134 ss.), los derechos humanos se refieren a la inclusión jurídica en el plano de la sociedad mundial. Bajo ese aspecto, el propio derecho a la ciudadanía puede verse como una dimensión reflexiva de

[7] Sobre este aspecto, aunque con otros presupuestos y consecuencias teóricas, tiene razón Habermas (cf., p. ej., 1998a: esp. 162 s.).

los derechos humanos[8]. Por tanto, los derechos humanos tienen pretensión de afirmarse tanto frente a los diversos órdenes estatales, como frente al orden internacional, así como ante la pluralidad de órdenes extra-estatales en los que las expectativas normativas tienen relevancia estructural.

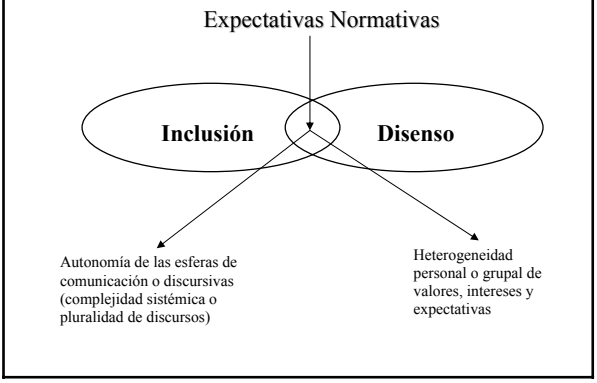
Pero el universalismo de los derechos humanos como exigencia de inclusión jurídica generalizada en el ámbito de la sociedad mundial se relaciona con la heterogeneidad de personas y grupos en lo que se refiere a las expectativas normativas, valores e intereses característicos de la modernidad. En un horizonte pre-moderno de un orden político-jurídico excluyente y represor de valores, expectativas e intereses divergentes de los dominantes, los derechos humanos eran inconcebibles. La semántica de los derechos humanos se desenvuelve justamente en la medida en que determinadas transformaciones estructurales llevan a una pluralidad contradictoria de expectativas, valores e intereses no sólo entre las diversas esferas discursivas y sistémicas con pretensión de autonomía, sino también entre las personas y grupos que se encuentran en el ámbito del mismo campo discursivo o sistémico. Esto significa que los derechos humanos tienen muy poco que ver con un consenso en condiciones discursivas ideales para la búsqueda de tal consenso. Al contrario, la idea de derechos humanos surge en el contexto del *disenso estructural* que adviene con el surgimiento de la sociedad moderna, disenso este (insisto) que concierne tanto a la integración sistémica conflictiva entre esferas de comunicación con pretensión de autonomía (*Luhmann*, 1997: esp. 603 s.) y a la heterogeneidad de juegos del lenguaje (*Wittgenstein*, 1997: 250, § 23; *Lyotard*, 1979: 20 ss.; *Welsch*, 1991, 1996: 401 ss.; *Teubner*, 1996; *Ladeur*, 1992: esp. 41-45), como a la divergencia de valores, expectativas e intereses de las personas y grupos (v. Figura 2). Desde esta perspectiva, tiene razón Welsch cuando afirma –aunque admitiendo que tal interpretación resulta un tanto forzada– que los derechos humanos son, en su núcleo, "derechos al disenso" (1991: 180). Un orden fundado en el consenso respecto a los contenidos valorativos prescinde de los derechos humanos porque la virtud debida a la armonía social, presente ya en el plano de las estructuras normativas, incluye a los que aceptan el orden respectivo y excluye, no teniendo en cuenta o reprimiendo, a los que no concuerdan con él. Tampoco cabría hablar de derechos humanos a partir de reglas procedimentales ideales que permitieran llegar a un resultado consensual o, en otras palabras, teniendo como criterio las condiciones ideales del discurso orientado a la comprensión (cf., p. ej.,

[8] A su vez, en planos reflexivos diferentes, se define de un lado "la ciudadanía como el derecho a tener derechos" (*Lafer*, 1988:146 ss.) y se habla, por otra parte, con pretensión de fundamentación, de "derecho a los derechos humanos" (*Brunkhorst/ Köhler / Lutz-Bachmann*, eds., 1999).

Habermas, 1992: 187-207). Los derechos humanos sirven más bien para permitir la convivencia en condiciones reales de disenso estructural. Si quisiéramos hablar de una moral universalista moderna que estaría presupuesta en la idea de derechos humanos, esa moral debería ser entendida como moral del disenso. Por ejemplo, la tortura y otros métodos de represión contrarios a los derechos humanos van dirigidos exactamente a la negación del disenso. El problema de los derechos humanos sólo se manifiesta cuando el disenso se hace también presente. En los espacios de consenso (y éstos, sin duda, no son pocos ni restringidos) o en condiciones favorables a un consenso racional alcanzado mediante el discurso, los derechos humanos son prescindibles. Éstos surgen como demanda funcional y pretensión normativa de hacer posible la imposible convivencia social en el contexto de conflictos intersistémicos o interdiscursivos y en el contexto de divergencias personales y grupales referentes a valores, expectativas normativas e intereses. Esto no quiere decir que los derechos humanos conduzcan a un relativismo absoluto. La inclusión jurídica universal y la autonomía discursiva constituyen el marco dentro del que las diferencias han de ser soportadas. Por lo tanto, cualquier forma de "fundamentalismo" –en un sentido muy amplio de esa expresión: sea el religioso, étnico o político, referente a personas y/o grupos que promueven un orden excluyente de valores, incluso en lo económico, que tiende a negar la autonomía de otras esferas de comunicación y discurso– actúa en la dirección opuesta al universalismo de los derechos humanos como posibilitadores de la convivencia social en condiciones de disenso estructural. De ahí que, en la medida en que los derechos humanos pretenden dar apoyo a respuestas normativas a ese disenso estructural, exigen una institucionalización de procedimientos abiertos a la heterogeneidad cultural, a la complejidad sistémica y a la pluralidad discursiva de la sociedad mundial que los garantice. En relación con estos procedimientos, sí se impone, funcional y normativamente, una base consensual amplia. No obstante, ese consenso procedimental es exigido para asegurar el disenso estructural inherente a los derechos humanos. El problema reside exactamente en el hecho de que los derechos humanos, en el contexto de la sociedad mundial del presente, al contrario de lo que sucede con los derechos fundamentales en el ámbito estricto del Estado democrático de Derecho, constituyen expectativas normativas carentes de una institucionalización satisfactoria tanto en la dimensión personal (consenso sobre procedimientos), como en la material (identificación de significados) y en la temporal (normativización)[9].

[9] Se trata ahora del concepto más amplio de Institución en el sentido de *Luhmanm*: "Las instituciones son expectativas de comportamiento generalizadas temporal, material y socialmente que constituyen, en cuanto tales, la estructura de los sistemas sociales" (1986:13).

Figura 2
Derechos humanos como expectativas normativas generalizadas de inclusión jurídica en condiciones de disenso



Esto nos pone, en otro plano, ante el problema de la vaguedad de la expresión 'derechos humanos', que implica el disenso en el propio ámbito material, personal y temporal de validez de los mismos. Es decir, aquí se trata de un disenso sobre lo que son los derechos humanos en cuanto derechos a la inclusión jurídica generalizada. Es cuestionable la tesis de que la propia idea de derechos humanos, que apunta a la demanda funcional y normativa de inclusión jurídica universal en condiciones de disenso, no depende de la mencionada institucionalización procedimental. No es una idea *a priori*[10], sino una construcción social de la sociedad moderna. La institucionalización procedimental de los derechos humanos está marcada por el pluralismo de las diversas interpretaciones de los mismos en diferentes contextos (*Bobbio*, 1992: 18 s.). En este sentido, a partir de las ideas de Rawls acerca de un "pluralismo racional" de interpretaciones divergentes (*Rawls*, 1993: 36 s. y 144), Michelman habla de un "pluralismo interpretativo racional" de los derechos humanos (1999: 59 ss.). Esa expresión se relaciona, en rigor, con la propia variedad de concepciones en relación con el ámbito de validez normativa de los derechos humanos y con el problema de cómo enfrentar racionalmente tal variedad. Esto nos coloca, a su vez, ante la relación de los derechos humanos con la democracia. Michelman sostiene, con razón, que una interpretación correcta de los derechos humanos en un contexto político determinado depende de un discurso democrático abierto a la pluralidad de interpretaciones: "La razón por la cuál una persona sujeta a un determinado

[10] En sentido contrario, *Michelman*, 1999:53 s.

régimen de derechos humanos puede, desde su convicción y lealtad, respetar ese régimen, sólo puede deberse al hecho de que la interpretación dominante de los derechos humanos en tal régimen está subordinada a un control y a una crítica democrática permanente" (1999: 61)[11]. No obstante, Michelman, siguiendo los pasos de Habermas, apunta a un discurso democrático guiado por el consenso (*ibidem*: 62). Como ya se observó anteriormente, la institucionalización de los derechos humanos, definidos como expectativas normativas orientadas a la inclusión jurídica en condiciones de disenso estructural, implica especialmente la construcción de procedimientos democráticos destinados a garantizar la convivencia social y política en esas condiciones de disenso estructural, no sólo absorbiendo éste, sino también estimulando su surgimiento. Esto significa que la institucionalización de los derechos humanos se relaciona con una base consensual de respeto a los procedimientos democráticos que, a su vez, asegura el disenso sobre el contenido de tales derechos (cf. *Neves*, 2000: 108 ss.). Ante la falta de procedimientos democráticos, aparece la tendencia a negar el disenso o reprimir su surgimiento y de excluir a ciertos grupos de la arena político-jurídica, de tal manera que la institucionalización de los derechos humanos en cuanto derechos de inclusión y de disenso resulta perjudicada. Es precisamente esta falta o fragilidad de los procedimientos democráticos en el ámbito de muchos Estados, y en el plano internacional o transnacional, lo que da lugar a hablar de la insuficiencia de la institucionalización de los derechos humanos. Aunque éstos no son un privilegio del Occidente desarrollado[12], su institucionalización sólo se realizó de manera satisfactoria, en mayor o menor medida, y en las más diversas formas, en los ámbitos de los Estados de Derecho en los que los procedimientos democráticos alcanzaron un nivel de institucionalización y de realización socialmente relevante. Eso no significa, sin embargo, que sólo haya una posible lectura democrática de los derechos humanos. Las diferencias culturales y los tipos de orden jurídico (el estatal, internacional, transnacional, etc.) pueden llevar a institucionalizaciones democráticas bien diversas de los derechos humanos, dando énfasis a un aspecto (por ejemplo, el de los derechos individuales) o bien a otro (por ejemplo, el de los derechos sociales mínimos o de los derechos colectivos), pero, en todo caso,

---

[11] A partir de esta idea, *Habermas* (1992: 161 s.) subraya la afinidad y la "co-originalidad" de los derechos humanos y de la soberanía popular. En sentido contrario, *vid*. *Böckenförde*, 1999.

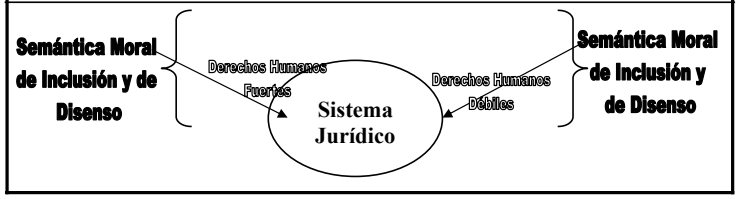
[12] Habermas (1998a: 170ss o 1999a) sostiene, con razón, que el problema de los derechos humnaos no puede ya ser entendido como un asunto particular de Occidente, y defiende "una interpretación de los derechos humanos que sea acorde con el mundo moderno también desde el punto de vista de otras culturas" (1998a: 181 s. o 1999a: 395).

debe asegurarse la inclusión jurídica generalizada y el reconocimiento del disenso estructural.

En este sentido, puede darse relevancia a un tipo o a otro de derechos humanos. Así como T.H. Marshall (1976: 71 ss.; cf. también *Bendix*, 1969: 92 ss.; Neves, 1994b: 254 s.) se refería a diferentes fases en el desarrollo de la ciudadanía; a saber, la referida al surgimiento de los derechos civiles (libertad-autonomía individual), la referida al surgimiento de los derechos políticos (libertad-participación) y la relacionada con el advenimiento de los derechos sociales, apuntando a los conflictos que esas diversas formas de derechos involucraron, también es lugar común hacer referencia, análogamente, pero sin que coincida con aquellas fases, a las generaciones de derechos humanos correspondientes al surgimiento y desarrollo, respectivamente, de los derechos individuales, sociales y colectivos. Esa visión amplia de los derechos humanos, incluyendo los llamados derechos de tercera e incluso de cuarta generación (*Lafer*, 1988: 131 ss.), dio lugar a diversas críticas en relación con la vaguedad y también la inocuidad de tal concepto. En este sentido, Norberto Bobbio (1992: 6) se refiere al carácter excesivamente heterogéneo y vago de los derechos humanos de "tercera generación", "lo que nos impide comprender de qué se trata efectivamente"; y, apelando también a esa crítica, Danilo Zolo (1993: 259) objeta la "inflación normativa del concepto de ciudadanía" apuntando "el riesgo de disolución de su significado histórico y funcional". También Luhmann (1993b: 574 ss.) adopta una semántica restrictiva cuando propone que la discusión sobre los derechos humanos desde la perspectiva de un sistema jurídico mundial se concentre en el problema de las ofensas flagrantes y escandalosas a la "dignidad humana". Así resultarían excluidos del ámbito de los derechos humanos pretensiones respecto de los "derechos sociales" mínimos, cuya realización o no estaría relacionada más bien con factores sociales y económicos extraños al Derecho, teniendo a la vista que tales derechos no serían susceptibles de institucionalización e implementación procesal en el plano de la sociedad mundial. Pero, así como la reacción a violaciones escandalosas y flagrantes de los derechos humanos como las que se ponen de manifiesto, por ejemplo, en la tortura y en el genocidio, constituye uno de los indicadores "más importantes del sistema jurídico mundial" (1993b: 578), no se puede negar que la falta de condiciones mínimas de supervivencia en las que se encuentra gran parte de la población en la sociedad mundial de hoy y que implica una exclusión social absoluta de los grupos humanos respectivos también se ha visto como violación enorme y escandalosa de la "dignidad humana" y, por lo tanto, de los derechos humanos en cuanto inclusión jurídica generalizada. En ambos casos, se trata de la paradoja de la declaración de expectativas normativas (contrafácticas) ante la propia práctica que, por comisión u omisión, los contradice sistemá-

ticamente. La diferencia reside en el hecho de que los derechos humanos en sentido estricto, a saber, aquellos que se refieren básicamente a la prohibición de acciones violentas –políticas, policiales o militares– contra individuos o grupos son susceptibles de institucionalización y, sobre todo, cuentan con perspectivas de positivización e implementación procesal a escala mundial, especialmente siguiendo los pasos de las transformaciones en el Derecho internacional, mientras que los derechos sociales en gran parte llamados derechos humanos de tercera generación son frágilmente institucionalizados, y negativas las perspectivas de su positivización e implementación procesal en el contexto mundial. Estos últimos sólo fueron institucionalizados y positivizados en un ámbito muy restringido de algunos Estados Democráticos y Sociales de Derecho. La precariedad de su institucionalización y las dificultades de su implementación procesal permiten decir que se trata de derechos humanos *frágiles*, en contraposición a los derechos humanos *fuertes*, cuya positivización, al igual que su implementación procesal, se encuentran en el horizonte del mismo Derecho Internacional Público en calidad de *ius cogens* (*Brunkhorst*, 2002: 191 ss.). Sin duda, en los dos casos, se trata de expectativas que en el plano mundial precisamente se fortalecen, paradójicamente, con sus decepciones, y se sustentan en una fuerza predominantemente simbólica. Pero, considerado que los derechos humanos, definidos aquí como las expectativas normativas de inclusión jurídica generalizada en condiciones de disenso estructural de la sociedad mundial, están en la frontera del sistema jurídico, uniéndolo con una "moral de disenso" relativa a la autonomía de las esferas discursivas o sistémicas y a la inclusión social, se puede decir que ciertas formas de su expresión (derechos humanos frágiles) no cruzan todavía, para usar una metáfora, la puerta del sistema jurídico en el ámbito incluyente de la sociedad mundial, porque les falta un mínimo de institucionalización jurídica, de positivización y de condiciones de implementación procesal, mientras que otras formas (los derechos humanos fuertes) ya han cruzado esas fronteras y luchan, ahora ya especialmente, por su concretización y realización (v. Figura 3).

Figura 3
derechos humanos Fuertes y Débiles



Como ya sugieren las anteriores observaciones, la construcción social de los derechos humanos tiene un carácter paradójico (¿qué construcción social no lo tiene?). En este sentido, Luhmann (1993a) da cuenta de la paradoja de los derechos humanos y de las tres formas de su desarrollo. En primer lugar, Luhmann señala la relación íntima entre la aparición de los derechos humanos individuales y la doctrina del contrato social original. La paradoja residiría en el problema acerca de qué viene primero, el contrato social o los individuos (*ibídem*: 541 ss.). La Teoría Contractualista habría buscado la superación de esa paradoja con la formulación según la cual los derechos humanos constituirían los derechos que "pueden pasar, a salvo, del estado de naturaleza al estado civil", lo que implicaría, a su vez, la forma paradójica de los derechos humanos como unidades de la diferencia 'estado de naturaleza / estado civil' (*ibídem*.: 542). Luhmann insiste, sin embargo, en que la paradoja que pretende eliminarse volvería de otra manera; a saber, con el problema de cómo el contrato, que sería vinculante por su misma fuerza, se adaptaría a las transformaciones de las relaciones sociales (*ibídem*). Pero esa evolución de la paradoja de los derechos humanos no tiene un interés directo en relación con el conjunto de problemas que se abordan en el ámbito de esta conferencia. Más importante aquí son las otras dos formas de evolución de la paradoja de los derechos humanos: aquella que se refiere a su positivización y la referida a su globalización. No se trata simplemente de los derechos humanos individuales, sino también de las otras formas de surgimiento de tales derechos humanos (como derechos sociales y de "tercera o cuarta generación").

Las declaraciones políticas y, posteriormente, la positivización de los derechos humanos en las constituciones de los Estados democráticos de Derecho occidentales, que se remontan a las revoluciones liberales de fines del siglo XVIII, nos enfrentan a una nueva paradoja. Esta paradoja se pone de manifiesto en la pregunta sobre si los derechos humanos son derechos pre-positivos o si sólo tienen validez jurídica en la medida en que son positivizados. La "solución" a la paradoja habría sido hallada en la "plasmación en un texto, esto es, en la positivización de esos derechos pre-positivos" (*Luhmann*, 1993a: 542). Sin embargo, la paradoja aparecería nuevamente "en la forma de necesidad de positivización del Derecho pre-positivo" (*ibídem*). La forma de gestionar tal paradoja habría sido la formulación textual con el indicativo del verbo 'ser' (en vez del empleo de la forma deóntica 'deber-ser'), sea en las declaraciones políticas, sea en las constituciones, de tal manera que los derechos humanos pudieran ser considerados como los "derechos naturales" política y jurídicamente expresados y reconocidos textualmente (*ibídem*: 542 s.). Se podría ir más allá de Luhman y enfrentar la superación de la paradoja en el sentido de la distinción entre la semántica

política y social de los derechos humanos y la semántica jurídico-positiva de los derechos fundamentales. En el ámbito del Estado Constitucional Democrático, las expectativas normativas referentes a la inclusión jurídica generalizada sólo obtienen validez jurídica si pasan la prueba de los procedimientos democráticos, constituyentes o constitucionales. Es verdad que la paradoja reaparece, una vez los derechos humanos se quedan en las fronteras del sistema jurídico, sea en la frontera externa, en cuanto que expectativas normativas que pretenden transformarse en normas jurídicas válidas por procedimientos positivizadores, sea en la frontera interna, como parte de los derechos fundamentales constitucionalmente garantizados (y, por tanto, en la cuestión de los derechos humanos, se pone de manifiesto, de manera señaladamente crucial, la paradoja de la *apertura* cognoscitiva fundada en el *cierre* operativo del sistema jurídico –*Luhmann*: 1983: el esp. 139 y 152 s., 1984: 110 ss.; 1993b: 38 ss.). Sin embargo, tal paradoja es socialmente visible, aunque no puede ser definitivamente superada, pues se relaciona con la diversidad de comprensiones de los propios derechos humanos como derechos a la inclusión jurídica generalizada en condiciones de disenso estructural. La forma de gestionar esa paradoja, en el Estado democrático de Derecho, fue la de girar hacia una positivización de los derechos humanos como derechos fundamentales dependientes de procedimientos constitucionales, al mismo tiempo selectivos en virtud de la pluralidad de expectativas normativas referentes a la inclusión jurídica generalizada y como derechos abiertos y promotores de esa misma pluralidad (y, así, resurge la paradoja de una nueva manera en forma de selección excluyente de lo incluido y de apertura incluyente de lo excluido).

La tercera forma de desarrollo de la paradoja de los derechos humanos se refiere a la pretensión de validarlos en el plano internacional o incluso en un Derecho mundial (*Luhmann*, 1993a: 543 ss., 1993b: 574 ss.).[13] El problema está relacionado, sobre todo y más evidentemente, con el hecho reconocido de que muchos Estados no aceptan ni siquiera mínimamente los principios del Estado democrático de Derecho y se caracterizan por el rechazo directo de los derechos humanos mediante la exclusión jurídica de amplias porciones de la población (tendiendo incluso en ocasiones a la eliminación física), ya sea por razones étnico-culturales, políticas o económicas. En este caso, los propios textos jurídicos de jerarquía constitucional y legislativa rechazan cualquier idea de derechos humanos como derechos universales. Sin embargo, también en muchos Estados en los que los derechos humanos son constitucionalmente textualizados como derechos fundamentales, la

[13] Siguiendo los pasos de Luhman, aunque extrayendo otras consecuencias, cf. *Fischer-Lescano*, 2002a, 2002b.

Constitución carece de fuerza normativa sobremanera en el ámbito concreto de esos derechos, siendo ahí comunes las prácticas ilegales e inconstitucionales contrarias a los derechos humanos por parte de los propios órganos estatales. Finalmente, no se puede negar que, en muchas ocasiones, en los mismos Estados democráticos de Derecho que tienen una Constitución con amplia fuerza normativa resultante de procedimientos de concretización y realización normativo-constitucionales, existen prácticas de los agentes estatales contrarias a los derechos humanos constitucionalmente asegurados como derechos fundamentales que cristalizan en ciertos ámbitos de validez del orden jurídico. En este sentido, Luhmann señala que "la dimensión de las violaciones a los derechos humanos en casi todos los Estados es vergonzosa, al igual que lo drástico de los casos" (1993a: 543) y, a partir de esta constatación, define la nueva forma en que la paradoja de los derechos humanos se desarrolla en el contexto actual: "La validez de la norma se muestra en su violación" (1993a: 544). Es decir, la paradoja reside en el hecho que los derechos humanos son tanto más conocidos y afirmados cuanto más graves y frecuentes son las violaciones a los mismos. En este contexto, Luhmann limita los derechos humanos conceptualmente sólo a aquellas situaciones de violaciones escandalosas y especialmente vergonzosas a la dignidad humana en el ámbito de la sociedad mundial (1993b: 578 s.), sin ignorar el papel de los medios de comunicación en la construcción y control de los escándalos y en la provocación de la reacción correspondiente, muchas veces de forma selectivamente manipuladora (1993a: 545). Es verdad, sería de mal gusto, a la vista de las atrocidades de las ofensas violentas contra los derechos humanos, consultar los textos o investigar si son o no permitidas por el orden jurídico localmente válido (1993a: 544). Pero, por otro lado, es muy difícil determinar qué formas de violación de los derechos humanos deberían de caracterizarse como escandalosas y vergonzosas, convirtiendo, sólo por eso, las expectativas normativas correspondientes en normas válidas de un Derecho mundial. La percepción de lo que sea vergonzoso y escandaloso varía ampliamente en una situación de complejidad sistémica, pluralidad discursiva y heterogeneidad cultural de la sociedad mundial del presente (cf. *Fischer-Lescano*, 2002b: 363 ss.). Luhmann no ignora esa dificultad al enfatizar que "el orden jurídico mundial se asemeja más bien a formas de orden de sociedades tribales; o sea, precisa renunciar al poder sancionador organizado y a la definición auténtica de las violaciones a partir de reglas conocidas" (Luhmann, 1993a,: 544). De ahí que indague si no serían necesarias nuevas formas de "desarrollo" de la paradoja de los derechos humanos (*ibídem*).

Sin duda, el orden jurídico de una sociedad moderna muy compleja y rica en alternativas no puede ser adecuado a esa sociedad si mantiene las características de un orden jurídico tribal, apropiado a los límites de posibilidades

de las sociedades arcaicas. Siendo así, cabe observar, que la paradoja de los derechos humanos sólo podrá ser superada de una manera productiva en la sociedad mundial actual mediante formas complejas de institucionalización de procedimientos en el ámbito global o internacional que, sin embargo, no pueden tener el carácter centralizado que marca la positivización de los derechos humanos como derechos fundamentales en la experiencia del Estado democrático de Derecho. Por tanto, aquí se exige, una vez más, pero de una manera innovadora, la urgencia de procedimientos que, además de actuar selectivamente ante la pluralidad de definiciones de las violaciones vergonzantes y escandalosas que implicarían la oportunidad de transformación de las expectativas normativas correspondientes a la norma jurídica válida, y con fuerza sancionadora referente a los derechos humanos (*rule of law* y *due process of law*), permanezcan abiertos ("democráticamente") a esa misma pluralidad (y, también aquí, vuelve a ponerse de manifiesto la paradoja en forma de selección excluyente de lo incluido y de apertura incluyente de lo excluido). La inmensa dificultad de una tal institucionalización procedimental de los derechos humanos en el plano internacional o global da a la cuestión de su fuerza simbólica un realce aún más especial.

IV

Las anteriores tesis sobre la ambivalencia de la fuerza simbólica en la esfera normativa (II), sobre el sentido semántico-pragmático de los derechos humanos así como sobre las formas paradójicas de manifestación de su desarrollo a lo largo de la historia (III), abren camino a una mejor comprensión de la fuerza simbólica específica de los derechos humanos. Ante todo, la fuerza simbólica de los derechos humanos se muestra ambivalente. Por un lado, sirve a la fuerza normativo-jurídica y la realización de los mismos, por otro, sin embargo, contribuye a impedir o dificultar su concreción jurídica y su efectividad. Antes de adentrarnos en esa cuestión, me gustaría dar de nuevo una breve explicación sobre la relación entre la fuerza normativo-jurídica y la fuerza simbólica, ya que cuando se habla de la ambivalencia de la fuerza simbólica se trata en rigor de la ambivalencia de dicha relación.

La fuerza normativa de los derechos humanos se refiere, en primer lugar, a la concreción de las normas respectivas, sean constitucionales o legales en el ámbito de los Estados, sean jurídico-internacionales o jurídico-globales. La concreción, a su vez, concierne a la construcción del sentido de la norma jurídica a ser aplicada, judicial o extrajudicialmente, en un caso jurídico determinado (Müller, 1994, 1995: esp. 166 ss.). De la concreción en esa acepción técnica restringida cabe distinguir la realización en cuanto que

eficacia y efectividad de la norma.[14] La fuerza normativa envuelve tanto la concreción cuanto un cierto grado socialmente relevante de realización de la norma. La descaracterización del proceso concretizador con decisiones totalmente incompatibles con el sentido semántico-pragmático del texto normativo o, simplemente, la realización insuficiente (la ineficacia e inefectividad) de la norma significará que carezca de fuerza normativa. La fuerza simbólica, que se refiere al sentido connotativo, latente, en los respectivos textos o discursos normativos puede, como ya se afirmó anteriormente, contribuir a la intensificación de la fuerza normativa de los preceptos jurídicos. Pero la afirmación simbólica de textos normativos en el proceso constituyente o legislativo, en las convenciones y en los tratados internacionales o en otras formas de ordenación jurídica, así como en los discursos políticos, puede ir encaminada exactamente al encubrimiento de la insuficiente fuerza normativa de las respectivas instituciones jurídicas o incluso a perjudicarla. En lo que se refiere a los derechos humanos, la situación tiene algo de singular, puesto que su afirmación simbólica en el discurso jurídico-político es independiente de su plasmación en un texto. A pesar de ello, el discurso simbólico de los derechos humanos, que encierra fuertes tensiones, no actúa sólo en sentido negativo en relación con la fuerza normativa, sino que sirve también para incrementarla.

Las declaraciones liberales clásicas de derechos, en el contexto de la Revolución Francesa y del movimiento de independencia americana, contenían ya una fuerza simbólica que vino a contribuir en gran medida a la realización posterior de los derechos humanos. En ese sentido, Lefort se refiere a la relevancia de las declaraciones "legales" de los derechos humanos en el Estado Democrático de Derecho cuya función simbólica habría implicado la conquista y la ampliación de esos derechos (1981: 67 ss. y 82; trad. br., 1987: 56 ss. y 68). En ese sentido, puede observarse que el paso de la fuerza meramente simbólica a la fuerza normativa de los derechos humanos, con la conquista y extensión de los mismos, implicó cuatro momentos diferentes que, según el contexto histórico de construcción y desarrollo del respectivo Estado Democrático de Derecho, resultarán en procesos más lentos o más veloces.

En un primer momento, se manifiestan, en el ámbito de un discurso social difuso, amparado inicialmente en una reflexión filosófica (el contractualismo), expectativas normativas por inclusión universal en el Derecho. Estas expectativas implican, originariamente, una reacción contra el absolutismo

[14] En trabajos anteriores (1994a: 42ss., 1992: 83 ss.), adopté un sentido más amplio de concreción de la norma, abarcando tanto su concreción en el sentido técnico estricto como su realización.

y la pretensión de afirmación política y validación jurídica de las libertades civiles (individuales). En ese contexto, se destacan sobre todo la libertad religiosa y la libertad económica (propiedad privada). La fuerza simbólica de este discurso social, fuertemente conflictualista, conduce posteriormente a la estructuración política de las expectativas correspondientes. En ese segundo momento aparecen las declaraciones políticas de las libertades civiles, sin que éstas tengan la validez jurídica de los derechos positivizados. Aquí hay ya un fuerte grado de selectividad en relación con las expectativas diversas y en conflicto que surgen en el momento anterior. Las declaraciones políticas de las libertades civiles tuvieron una enorme fuerza simbólica en los procesos constituyentes surgidos de las revoluciones liberales. Tal fuerza simbólica contribuyó enormemente a la positivación jurídica de esas libertades como derechos constitucionalmente garantizados. Pero, en ese tercer momento, se llega, en rigor, sólo a la plasmación en un texto de expectativas normativas referidas a las libertades individuales. Evidentemente, la fuerza normativa no surge directamente de la textualización en documentos constitucionales. Ésta implica ciertamente una estructuración jurídica selectiva de expectativas normativas plasmadas en el texto de las declaraciones políticas. Sin embargo, los textos de normas, y sobre todo de normas constitucionales, pueden aparecer de forma abundante, sin que éstas sean materializadas o realizadas. La plasmación textual de una constitución puede, en cambio, jugar un papel simbólico relevante en la progresiva concreción y realización normativa. Es sólo en este cuarto momento cuando se pasa de una fuerza meramente simbólica a una fuerza normativo-jurídica de los derechos humanos en tanto que derechos constitucionales concretados y ampliamente realizados en el Estado Democrático de Derecho. Aquí hay una especie de equilibrio constructivo entre la fuerza simbólica y la fuerza normativa, una sirviendo de apoyo y fortificando recíprocamente a la otra.

Estas tomas de posición sobre los momentos de afirmación simbólica de los derechos humanos en la dirección de su ulterior fuerza normativa no deben llevar a entender que se trata de un proceso lineal. También en el Estado Democrático de Derecho occidental hubo avances y retrocesos en la institucionalización de los derechos humanos individuales. Su cuestionamiento en el ámbito de los movimientos socialistas, la negación político-jurídica de los mismos en las experiencias totalitarias del siglo XX, así como su vulneración en la práctica de los agentes estatales y los límites en su realización por falta de presupuestos sociales y económicos, son todos ellos hechos que indiscutiblemente bloquean su desenvolvimiento. Por otra parte, el surgimiento de nuevas expectativas normativas referentes al encuadramiento de los derechos políticos, sociales y "de tercera o cuarta generación" en la esfera de los derechos humanos, ha traído consigo nuevos conflictos relacio-

nados con la tensión entre las pretensiones respectivamente contenidas en esos tipos de derechos. A su vez, estos nuevos derechos necesitaron también pasar por aquellos cuatro momentos de transición desde la fuerza meramente simbólica a su fuerza normativa plena. Es así como se produce una suerte de intersección no coincidente de momentos: unas veces, por ejemplo, ciertos derechos sociales sin ningún tipo de fuerza normativo-jurídica llegan a ser, con una fuerza simbólica mayor o menor, socialmente reivindicados o políticamente declarados, o bien plasmados textualmente en documentos constitucionales determinados, precisamente en el sentido de una limitación de los derechos humanos referidos a las libertades económicas individuales, tales como el derecho de propiedad y la libertad contractual que se caracterizan por gozar de plena fuerza normativa en los términos de la Constitución normativa. De la misma manera, no puede negarse que la pretensión de las minorías étnicas en pro del respeto a su identidad, que se quiere enmarcar en los derechos culturales de "tercera generación", ha tenido, incluso en Estados democráticos de Derecho de Europa y de América del Norte, y aun cuando no dispusiera de fuerza normativa alguna, una fuerza simbólica perturbadora de los derechos humanos individuales clásicos, estos sí, con amplia fuerza normativa en el régimen constitucional de las democracias occidentales.

Asimismo, la fuerza simbólica positiva de los derechos humanos en el sentido de su institucionalización con fuerza normativa sólo prevalece en los Estados Constitucionales y Democráticos occidentales, que constituyen una porción muy reducida del grupo de los llamados "Estados Nacionales". En palabras de Loewenstein (1975: 151 ss.), la concreción normativa y la realización fáctica de los derechos humanos como derechos fundamentales sólo se impuso de forma adecuada en el contexto de las "constituciones normativas". En las llamadas "constituciones nominalistas" y "semánticas" falta a las disposiciones referentes a los derechos humanos fuerza normativa jurídica y socialmente relevante. El problema reside en el hecho de que aunque los derechos humanos como construcción y conquista histórica de la modernidad han surgido con el constitucionalismo liberal occidental, la exigencia de su concreción normativa y de su realización fáctica no es ya sólo un asunto privativo de Occidente, sino que se ha vuelto, cada vez más, un problema que se presenta en los más diversos Estados y en los más variados contextos nacionales (*vid*. *supra* nota 11). No se trata aquí de encontrar una salida simplista y afirmar que la plasmación textual de los derechos humanos en los documentos constitucionales o legales de los Estados periféricos o de aquellos que no comparten los valores occidentales constituye simplemente una copia colonizada e inadecuada de los modelos de los países dominantes. Aunque las concepciones de los derechos humanos varían, la idea

de inclusión jurídica generalizada en condiciones de disenso estructural de la sociedad mundial emerge problemáticamente, y de forma relevante, en todas las partes del globo terrestre. Este problema es previo al de enfrentar las variables socio-económicas, políticas y culturales que dificultan o impiden la concreción normativa y la realización fáctica de los derechos humanos en la mayoría de los Estados y que conducen, con frecuencia, a una hipertrofia de su fuerza simbólica en detrimento de su fuerza normativa.

En el ámbito de las "constituciones nominalistas", los derechos humanos pasan por tres de los cuatro momentos mencionados más arriba orientados a su institucionalización con fuerza normativa, llegando a ser plasmados textualmente en los respectivos documentos constitucionales de forma amplia y con precisión. Tal textualización tiene, sin embargo, una función eminentemente simbólica y no contribuye de un modo relevante a la fuerza normativa de los derechos humanos. Las normas constitucionales que se refieren a los derechos humanos son sistemáticamente bloqueadas en el curso del proceso de concreción normativa y, por consiguiente, son ampliamente carentes de eficacia. La exclusión social de una gran parte de la población impide la inclusión jurídica generalizada y, con ello, los derechos humanos se tornan, paradójicamente, un privilegio de minorías. La textualización de los derechos humanos desempeña el importante papel político-simbólico de presentar al Estado o al gobierno como instancia identificada con las expectativas normativas expresadas en las correspondientes disposiciones constitucionales. Como ya apunté más arriba, he discutido este asunto de manera más abarcante, no sólo en relación con los derechos humanos, en mi trabajo titulado *A Constitucionalização simbólica* (Neves, 1994a). Pero principalmente en relación con los derechos humanos puede decirse que, en los casos de constitucionalización simbólica, el Derecho es "superexplotado" por la política (cf. *ibidem*: 132). Como lo expresa la fórmula paradójica de Raymundo Faoro, en su brillante análisis del constitucionalismo de fachada en Brasil, se trata, en el contexto de la constitucionalización simbólica de los derechos humanos en general, de la "creación de un mundo falso más eficiente que el mundo verdadero" (Faoro, 1976: 175). Se crea así la ilusión de los "derechos humanos" constitucionalmente consagrados y se obstruye, al mismo tiempo, una discusión consecuente de los factores que impiden su concreción normativa. Así, la plasmación en un texto de los derechos humanos, aunque también puede cumplir las funciones de "confirmación de valores" de determinado grupo o de "compromiso dilatorio", típicas de la legislación simbólica en general, desempeña sobre todo una función de coartada (Neves, 1994a: 34 ss. y 92 ss.; Kindermann, 1988, 1989). Sin embargo, la hipertrofia de la fuerza simbólica de los derechos humanos en detrimento de su fuerza normativa, en el ámbito del constitucionalismo simbólico, no

sólo puede originar la apatía y la desconfianza del público en relación con el Estado y sus agentes, sino también conducir, tanto por parte de la llamada "sociedad civil" como de la oposición política organizada, contraria al *status quo*, a un discurso crítico con la insuficiente concreción de los mismos apoyándose en la referencia a su propia textualización constitucional. En esa perspectiva, la fuerza simbólica de los textos y discursos constitucionales referidos a los derechos humanos puede llegar a cobrar una dimensión positiva en el sentido de promover la concreción y la realización de las normas correspondientes en los propios casos de constituciones "nominales" o "simbólicas" (aunque, con frecuencia, la postura "crítica" de las oposiciones puede constituir también nada más que una escenificación política sin consecuencias prácticas en relación con la fuerza normativa de los derechos humanos o, tomando éstos en serio, tropezar con límites estructurales difíciles de superar en el respectivo contexto social). Innegablemente, en tales casos, el aspecto positivo que pueda ejercer la fuerza simbólica para promover la fuerza normativa es claramente más limitado de lo que sucede en el contexto de las "constituciones normativas". Ahora bien, tampoco en el ámbito de la constitucionalización simbólica desaparece el carácter ambivalente que la fuerza simbólica de los derechos humanos tiene en relación con su fuerza normativa, ya sea impidiéndola o dificultándola, ya sea promoviéndola; sólo que la balanza, al contrario de lo que ocurre con las "constituciones normativas", se inclina más bien, con fuerza, del lado negativo.

Ya en relación con las "constituciones semánticas", a las que prefiero denominar "constituciones instrumentales" pues constituyen meros instrumentos de los detentadores eventuales del poder (*Neves*, 1994: 98 s., 1992: 69ss), siendo alteradas a merced de sus necesidades e intereses concretos para mantener el poder, no puede hablarse de una función *predominantemente* simbólica mediante la textualización de los derechos humanos. En esa hipótesis, que corresponde a las experiencias políticas autocráticas, sean totalitarias o autoritarias (*Loewenstein*, 1975: 52 ss.), ya en el plano de las leyes con fuerza constitucional, los derechos humanos son rechazados directa, abierta y ampliamente o bien textualizados con tantas restricciones que pierden cualquier significado práctico. No sólo a partir del proceso bloqueado de concreción constitucional, sino ya a partir de los propios textos con jerarquía constitucional, puede inferirse que se trata de un régimen de negación de los derechos humanos. Ello no significa que en el ámbito de las experiencias autocráticas, caracterizadas más bien por una instrumentalización de la legislación de rango constitucional, no se haga uso de la fuerza simbólica de los derechos humanos. Esto sucede más comúnmente en el discurso político, al margen de cualquier tipo de textualización jurídica, si bien puede haber formas de plasmación en documentos constitucionales o

legales. Asi, por ejemplo, la Constitución brasileña de 1967, en la redacción dada por la Enmienda Nº 1 de 1969, que entró en vigor en el auge del régimen militar autoritario (1964-1984), mantenía la referencia a los derechos individuales fundamentales y sus garantías (arts. 153-154). Aunque el Acto Institucional N° 5, de 1968, con fuerza normativa (supra)constitucional (¿"la verdadera Constitución jurídica" del régimen militar?), otorgara al jefe del poder Ejecutivo la competencia para suspender las garantías constitucionales,[15] no se puede negar que tal textualización constitucional desempeñaba la función simbólica de presentar al régimen como identificado con los derechos humanos individuales negados por el totalitarismo de izquierdas, contra el cual, pretendidamente, la dictadura había venido a luchar. La utilizacion negativa de la fuerza simbólica de los derechos humanos, que servía especialmente para la presentación internacional del Estado como "relativamente democrático", llevó a la reglamentación del *Conselho de Defesa dos Direitos da Pessoa Humana* (Reglamento Interno aprobado por el Decreto N°. 63.681, de 22/11/68), que había sido creado por la Ley N°. 4.319, de 16/03/64, promulgada por el régimen depuesto en 1964 y posteriormente modificada por la Ley 5.763, de 15/12/71, que aseguraba la mayoría gubernamental (cf. *Neves*, 1972). El papel simbólico de coartada desempeñado por ese Consejo residía en el hecho de que la mayoría gubernamental siempre prevalecía en contra de la minoría formada por los representantes de la oposición tolerada y por los representantes de la sociedad civil, de tal manera que todos los casos graves y escandalosos de violación de los derechos humanos en los que estaban implicados agentes del Estado o del gobierno eran archivados. El Consejo era un consejo de fachada que servía exactamente para obstaculizar un régimen de derechos humanos. Pero no por ello desapareció en el ámbito de las oposiciones legales e ilegales y de la "sociedad civil" organizada (e inclusive en la voz altiva y valiente del representante de la OAB en el Consejo, protestando contra el archivo de los procesos y denunciando su farsa), y a pesar de toda la represión, la fuerza simbólica de los derechos humanos en el sentido positivo de su textualización constitucional y su fuerza normativa amplia e irrestricta. También en aquellas condiciones había una ambivalencia de la fuerza simbólica de los derechos humanos, aunque la balanza cayese del lado negativo en relación con su fuerza normativa. Aun así, en el "constitucionalismo semántico", especialmente en las experiencias totalitarias, la negación directa y abierta

[15] A partir de la formulación en forma de paradoja que hace Luhmann en relación con mis interpretaciones del caso brasileño (*Neves*, 1992, 1994) se puede afirmar que en un contexto semejante "se gobierna inconstitucionalmente con ayuda de la Constitución" (*Luhmann*, 2000: 428).

de los derechos humanos por el régimen, incluso en la legislación (es el caso chocante de la legislacion racista y genocida del nacionalsocialismo en Alemania), implica que la fuerza simbólica de los derechos humanos sólo puede manifestarse en su forma positiva en el contexto de la lucha contra el propio régimen violador de los derechos humanos.

Para concluir estas afirmaciones acerca de la fuerza simbólica ambivalente de los derechos humanos en el plano estatal, me gustaría llamar la atención sobre un ejemplo interesante que concierne al caso híbrido de constitución "nominalista" y "semántica" que caracteriza al actual régimen venezolano del presidente Hugo Chávez. El art. 350 de la Constitución venezolana de 1999, dictado en conformidad con la pretensión gubernamental de justificar *a posteriori* la tentativa de golpe de Estado dirigida por Chávez en 1992, establece: "El pueblo de Venezuela [...] desconocerá cualquier régimen, legislación o autoridad que contraríe los valores, principios y garantías democráticos o menoscabe los derechos humanos." Tal disposición, que justificaría la desobediencia civil, fue recientemente invocada por el General Enrique Medina Gómez, líder de un grupo de oficiales rebeldes, justamente para convocar a los venezolanos a la desobediencia contra el régimen del presidente Chávez (*Delcas*, 2002). Con tal ejemplo, se demuestra, de forma contundente, que la fuerza simbólica de los derechos humanos puede ser utilizada en los más diversos sentidos, incluso para justificar retóricamente golpes de Estado y rebeliones militares.

V

Más recientemente, la cuestión de la fuerza simbólica de los derechos humanos ha adquirido un significado particular en el campo del Derecho Internacional público o de un Derecho mundial emergente. En este nuevo contexto, se discute principalmente si y en qué medida el orden jurídico internacional o transnacional faculta normativamente el control y sanción de los Estados que violen directamente los derechos humanos o no estén en condiciones de protegerlos. Se destaca en primer plano el problema de la legitimidad o no de la intervencion para proteger los derechos humanos.

En el ámbito internacional, puede observarse que ha habido el desarrollo de una semántica socialmente difusa, pasando por un momento de declaraciones de naturaleza eminentemente política[16] hasta la textualiza-

[16] La propia *Declaración Universal de derechos Humanos* (1948) se presentó en su origen como mera "recomendación" política de la Asamblea General de Naciones Unidas a sus miembros, sin pretensión de vinculatoriedad jurídica. Sólo más tarde fue interpretada como texto normativo de Derecho Internacional Público, especialmente en el ámbito de Jurisprudencia de la Corte Internacional de Justicia (cf. *Comparato*, 1999: 209-211).

ción jurídico-internacional de los derechos humanos en convenciones y tratados. Además, puede observarse un proceso de evolución que va desde la protección de los derechos humanos específicos[17] hacia un régimen de protección generalizada que se inicia con la Carta de Naciones Unidas. Posteriormente, surgen las convenciones o cartas regionales (Convención Europea, Convención Americana, Carta Africana etc.).[18] Sin embargo, pese a tal intensa evolución en el plano de los textos normativos, los derechos humanos permanecen con una fuerza predominantemente simbólica en el Derecho Internacional. La concreción y la realización de las normas internacionales referentes a la protección de los derechos humanos son muy limitadas. Aquello que Habermas (1999b: 229) acertadamente sostiene en relación con la constitucionalización simbólica que he analizado, a saber, que en esas circunstancias, "la letra inmaculada del texto constitucional no es sino la fachada simbólica de un orden jurídico impuesto de una manera altamente selectiva", puede ser afirmado, a pesar de la diversidad de estructuras y contextos, en relación con el régimen jurídico internacional de los derechos humanos. Incluso admitiéndose la existencia de una Constitución de la "comunidad internacional" (*Fassbender*, 1998), que estaría estrechamente relacionada con la protección global de los derechos humanos, no se puede negar que esa Constitución tendría características análogas a las de las constituciones simbólicas en la esfera estatal: hipertrofia de su función simbólica en detrimento de su fuerza normativa (cf. *Fischer-Lescano*, 2002a: 1244). El problema concierne, en primer lugar, a la dificultad de determinar la competencia orgánica, el domínio material y la capacidad para una protección generalizada de los derechos humanos, en los términos de reglas y procedimientos preestablecidos (*rule of law* y *due process of law*): ¿Quién es competente para decidir e implementar la protección de los derechos humanos contra los Estados u organizaciones que los violan sistemáticamente? ¿Qué casos traen aparejado el control y justifican las sanciones? ¿Existen los presupuestos e instrumentos que hacen posible una protección generalizada? En segundo lugar, el problema se refiere al uso político de la retórica de los derechos humanos a los fines de imposición de intereses de determinadas potencias: aquí cabría hablar, un tanto paradójicamente, de "imperialismo de los derechos humanos".

---

[17] Estoy pensando aquí, de forma muy general, también en el llamado "Derecho humanitario" consagrado en las Convenciones de Ginebra de 1864 y 1929 (aunque se diferencie técnico-jurídicamente de los derechos humanos: cf. *Provost*, 2002: esp. 6 ss.) y sobre todo en la Convención de Ginebra sobre Esclavitud (1926).

[18] Sobre el desarrollo de la protección internacional de los Derechos Humanos en las convenciones, tratados y cartas, v., por ej., *Comparato*, 1999; *Piovesan*, 1996; *Lafer*, 1999: 147 ss.

La determinación del (de los) órgano(s) competente(s) para definir los casos que implican violaciones de los derechos humanos e implementar una protección generalizada de los mismos envuelve problemas de naturaleza jurídico-dogmática, de legitimidad y de condiciones prácticas, que se implican mutuamente. Aquí nos interesa especialmente el problema de la intervención militar para la protección de los derechos humanos. Desde una perspectiva jurídico-dogmática, nos enfrentamos con algunas dificultades entre las que destaca la vaguedad de la noción de amenaza a la "paz y seguridad internacional" que deben ser mantenidas conforme a las resoluciones del Consejo de Seguridad de la ONU (Art. 39 de la Carta de ONU), noción que ha dado ocasión a una práctica intervencionista, así como la relación conflictiva entre las garantías de los derechos humanos, proclamadas en los artículos 1.3. y 55-56 de la Carta de la ONU, y el principio de no intervención, consagrado en el art. 2.7, relación que se vuelve más problemática cuando se considera el principio de "autodeterminación de los pueblos", previsto en el art. 1.2. El concepto extremadamente vago de amenaza a la paz y a la seguridad vino en la práctica a constituirse en una autorización en blanco al Consejo de Seguridad en su actividad intervencionista (*Koskenniemi*, 1998: 64). Y la relación entre las garantías de los derechos humanos y el principio de no-intervención "sólo es determinable a partir de la práctica aplicadora de los órganos políticos de la ONU, de acuerdo con las prioridades válidas en el momento" (*ibidem*: 65). Tal situación nos conduce al problema de la legitimidad del propio Consejo de Seguridad –en cuyo funcionamiento el principio de derecho de veto de los cinco miembros permanentes (art. 27.3) desempeña un papel decisivo– para proceder a una protección generalizada de los derechos humanos. Hay una especie de hiperpolitización de la protección internacional que, de forma casuística, no corresponde a las exigencias de un modelo jurídico generalizado en terminos de "*rule of law*". En este contexto, el Derecho permanece subordinado directamente al poder. Las propias competencias de la Corte Internacional de Justicia han sido desconocidas por el Consejo de Seguridad, sin que ello haya implicado sanción alguna (cf. *ibidem*: 63 s.). De esta manera, el Consejo de Seguridad "lleva a cabo un intervencionismo arbitrario" en relación con los derechos humanos (*Brunkhorst*, 1999: 382), lo que supone "intenciones paternalistas" inherentes a las propuestas intervencionistas y la clasificación "selectiva" de las violaciones de los derechos humanos que traen aparejadas la intervención (*Maus*, 1997: 168 e 190).

De ahí la razón de que permanezca muy limitada la fuerza normativa-jurídica de la protección internacional de los derechos humanos. En el plano internacional se desarrolla una práctica de relación entre poder y Derecho que conserva, al mismo tiempo, trazos de las constituciones "nominalistas"

o simbólicas y de las constituciones "semánticas" o instrumentalistas del ámbito de los Estados. De un lado, la función predominantemente simbólica es expresada sobre todo en la Declaración Universal de los derechos Humanos y en las garantías contenidas en la Carta de las Naciones Unidas. Por otro lado, la falta de un modelo de "separación de poderes", con una prevalencia prácticamente absoluta del Consejo de Seguridad en relación con la Corte Internacional de Justicia y la Asamblea General de la ONU, trae consigo una instrumentalización de los propios textos normativos por aquel órgano ejecutivo-militar, que también desempeña funciones de naturaleza "cuasi-legislativa" (resoluciones) y judiciales (enjuiciamiento de los casos de violación de los derechos humanos, p. ej.). Pero incluso en esa estructura asimétrica de poder, la fuerza simbólica de los derechos humanos está presente. De un lado, el Consejo de Seguridad, órgano que expresa los intereses de una minoría, recurre al discurso de los derechos humanos principalmente para justificar su práctica intervencionista en relación con los Estados más débiles en la constelación internacional de poder. Obviamente, este uso de la fuerza simbólica tiene un carácter manipulador y afecta negativamente al incremento de la fuerza normativa de los derechos humanos. De otro lado, no puede negarse que la Asamblea General, en su debilidad político-real, ha realizado, en parte, una política simbólica que favorece una evolución en la dirección de la fuerza normativa de los derechos humanos. En el mismo sentido ha actuado la llamada "frágil esfera pública global" (*Brunkhorst*, 2002: 184 ss.), formada principalmente por organizaciones no gubernamentales y movimientos sociales, así como "los sectores espontáneos" (*Teubner*, 2000, 2003: 25 s.) de la Sociedad mundial. En suma, hay también una ambivalencia de la fuerza simbólica de los derechos humanos en lo que concierne a su concreción normativa y realización en el plano internacional o global: la textualización en la Carta de la ONU y en diversos tratados, convenciones y declaraciones, así como el discurso de la Asamblea General y de la "frágil esfera pública global" tiene, sobre todo, una fuerza simbólica positiva, mientras que la práctica política arbitraria del Consejo de Seguridad y de las grandes potencias mundiales se vincula principalmente a un uso negativo de la fuerza simbólica de los derechos humanos, algo que no sólo encubre el juego de intereses que con frecuencia está en la base del intervencionismo, sino que también implica muchas veces violaciones escandalosas de los derechos humanos.

VI

El problema se agrava cuando tenemos en cuenta la nueva postura de los Estados Unidos de América y de su instrumento, la OTAN que, desde la caída del bloque sovietico, viene desarrollando, cada vez más, una política

intervencionista en nombre tanto de la "paz y la seguridad internacional" como de los derechos humanos, sin autorización del Consejo de Seguridad de la ONU, tendencia que se acentuó con el gobierno Bush y especialmente con el atentado terrorista del 11 de septiembre de 2001 en Nueva York. Es algo incontestable que el Consejo es un órgano sin ninguna estructura democrática y que ya venía actuando arbitrariamente; pero el hecho de que se le atribuyera la competencia para decidir sobre la intervención implicaba un mínimo de juridicidad subyacente y podía abrir nuevos desarrollos y reformas en el ámbito de la ONU, fuera en el sentido de una reestructuración, apertura y control democráticos del Consejo, fuera en el sentido de una fortificación de la Asamblea General y de la Corte Internacional de Justicia. Sin embargo, el modelo de intervencionismo unilateral, que viene siendo ordenado por el gobierno americano, sin tener en cuenta al propio Consejo, apunta en otra dirección. La ONU pierde en ese contexto su significado y la única superpotencia del mundo asume la posicion de "policía" del mundo. Tal "policía", sin embargo, se ha demostrado enormemente selectiva y arbitraria, manteniendo la pretensión de no subordinarse a los propios procedimientos de control de las violaciones de los derechos humanos en el plano del Derecho Internacional Público. Aunque sea indiscutible que "sería insoportable abandonar el sistema jurídico al arbitrio de procesos políticos regionales" (*Luhmann*, 1993b: 577) –basta pensar en la experiencia del Nacionalsocialismo–, también se vuelve cada vez más inaceptable que los Estados Unidos de América (o cualquier otro Estado) "se presenten como juez y poder sancionador" (*ibidem*: 580). Tal unilateralismo tiene mucho más que ver con el mantenimiento de la hegemonía política que con una pretensión generalizada de dar fuerza normativa a los derechos humanos.[19] Se recurre en este contexto de forma abusiva y manipulativa al discurso de los derechos humanos. No faltan voces dispuestas a argumentar en nombre de la "razón" en favor de la práctica intervencionista unilateral de los Estados Unidos y de su instrumento, la OTAN.

Es así como Jürgen Habermas, habiéndose pronunciado anteriormente con claridad en favor de la legitimación procedimental de la "intervención humanitaria" en el ámbito de una "política interna mundial" que implicaría reformas profundas y amplias de la ONU (*Habermas*, 1996: 225 s.),[20] se pronunció, sin negar su anterior posición (2000: 60), de forma contradicto-

[19] A este respecto, cabe levantar "la sospecha de que también los derechos humanos sirven de pretexto para intervenir en relaciones políticas que sólo pueden ser resueltas responsablemente –sea democráticamente o no– en el plano nacional" (*Luhmann*, 1999:253).

[20] Tal "politica interna mundial" [*Weltinnenpolitik*], distinta de "un federalismo de Estados libres" (*Kant*, 1993: 208) o de "una república federal y subsidiaria mundial" (*Höffe*, 2002a: 225 ss., 2002b), sería capaz de explotar las instituciones y los procedimientos necesarios para

ria, en nombre del universalismo moral de los derechos humanos, en favor de la legitimidad de la intervención de la OTAN en Yugoslavia con ocasión del conflicto de Kosovo, en 1999, con una única restricción: "La auto-autorización de la OTAN no debe convertirse en el caso-regla" (2000: 65). De acuerdo con esa comprensión del carácter "moral" y "racional" de la "intervención humanitaria" puesta en práctica, unilateralmente, por las grandes potencias occidentales, la propuesta de Habermas no apunta hacia una "política *interna mundial*" para la imposición de los derechos humanos, sino más bien hacia una política *externa de Occidente* para la vigilancia de las políticas de "derechos humanos" de los países más débiles en las relaciones internacionales de poder (*Neves*, 2000: 206 s., 2002: 347).[21] De este modo, con la "moralización" simbólica de los derechos humanos, las decisiones y ejecuciones selectivas y arbitrarias de la intervención no son susceptibles de control mediante procedimientos en conformidad con el modelo de *rule of law* y *due process of law*. En consecuencia, sin límites o controles jurídicos, un intervencionismo de ese tipo, implicando como implica un poder sobre el Derecho, tiende a proceder impunemente contra los propios derechos humanos.

En Estados Unidos también voces del *main stream* se han manifestado en contra de tal práctica política norteamericana. Así, por ejemplo, Joseph Nye puso en cuestión el "*hard power*" que se expresa en el uso de la fuerza militar por los EUA, al defender la tesis de que sería más importante para la garantía y ampliación del liderazgo estadounidense en el mundo el "*soft power*" que se expresa en la difusión de la cultura política americana (1991: esp. 188 ss., 2002: esp. 75). En ese sentido, una política orientada a atraer a otros Estados y naciones para que se adhieran a los valores liberales y democráticos de los Estados Unidos sería más eficaz para el mantenimiento del liderazgo americano que el uso de la fuerza militar. Si esto es así, la dimensión de lo simbólico estaría en un primer plano y, aparentemente, contribuiría a la realización de los derechos humanos. Sin embargo, un modelo como el mencionado se corresponde más bien con una imposición

---

la construcción de intereses comunes en términos de una ciudadanía mundial (*Habermas*, 1998b:79s.). Al respecto, véase críticamente *Neves*, 2000:201ss.

[21] Más recientemente, en relación con la invasión de Iraq por las tropas norteamericanas, Habermas (2003) adopta una actitud diferente, al criticar la pretensión de "unilateralismo hegemónico" de los Estados Unidos de América, considerando que es contraria al "núcleo universalista de la democracia y de los derechos humanos". Sin embargo, no rechaza su posición relativa al conflicto de Kosovo, antes bien la reitera justificando igualmente un cierto 'intervencionismo racional', 'moralmente fundado', aun sin la aprobación por los procedimientos jurídicos del Derecho Internacional Público (cf. también *Habermas*, 2004, donde se manifesta también con reservas en relación con la intervención en Afganistan). Con una postura un tanto diferente, cf. *Arato*/*Brunkhorst*, 2003.

de los valores orientada a asegurarse la hegemonía política, teniendo muy poco que ver con la globalización de la fuerza normativa de los derechos humanos. La diversidad de concepciones de los derechos humanos, definidos aquí como expectativas normativas de inclusión jurídica generalizada en las condiciones de disenso estructural de la sociedad mundial, es incompatible con la imposición de una lectura única de su contenido, incluyendo aquella que prevalece en los Estados Unidos. La institucionalización de los derechos humanos en el plano internacional o global exige procedimentos selectivos y abiertos a diversas perspectivas, dependiendo a su vez, sin embargo, de una base consensual a propósito de esos procedimientos intermediadores de los disensos. La pretensión de imponer una única cultura política, sea por medio de *hard* o *soft power*, es contraria, por lo tanto, a una política consecuente de protección de los derechos humanos como derechos a la inclusión y derechos al disenso.

Puede observarse que viene desenvolviéndose un "imperialismo de los derechos humanos" en la discusión académica internacional. Este "imperialismo" no sólo constitutye un reclamo estratégico o ideológico de aseguramiento de la hegemonía política (en el sentido de Nye), sino que también recurre a la "moral" y a la "razón" (como Habermas). El peligro del recurso a la "moral" y a la "razón", sin procedimentalización jurídica, consiste en el hecho de que la falta de límites jurídicos puede llevar a abusos incontrolables y, por tanto, a la impunidad de los más fuertes. A este respecto, puede afirmarse, tal como en otro contexto lo ha hecho el internacionalista Martti Koskenniemi, que "el imperialismo racional se revela como una fachada para el imperialismo cínico" (2002: 500). En otras palabras, cabría afirmar que todo intento por imponer unilateralmente la "razón moral" de los derechos humanos puede tener resultados destructivos para la "razón jurídica" de los mismos. Sin querer negar aquí su fundamento moral, me parece que, en ausencia de una institucionalización jurídica de los derechos humanos a través de procedimientos consistentemente selectivos y adecuadamente abiertos a las más diversas interpretaciones, pueden transformarse, bajo el dominio del intervencionismo unilateral de los Estados Unidos de América y de la OTAN, en una figura de retórica político-militar, cuya fuerza simbólica dificulta u obstaculiza su fuerza normativa. Lo anterior no significa que sea irrelevante la fuerza simbólica de los discursos contrarios a las violaciones vergonzosas y escandalosas de los derechos humanos por medio del intervencionismo: ella surge como contrapoder simbólico en el sentido de una mayor fuerza normativa de los derechos humanos en el plano internacional y mundial. En ese contexto de violaciones sistemáticas de los derechos humanos por sus supuestos protectores, el carácter ambivalente de su fuerza simbólica se acentúa aún más, y de ahí que lo escandaloso de las

violaciones fortalezca las expectativas normativas contrarias, haciendo cada vez más necesarias las protestas. Aunque las condiciones estructurales todavía sean muy incipientes, se impone la superación de esa paradoja mediante la conquista de un mínimo de equilibrio entre la fuerza simbólica y la fuerza normativa de los derechos humanos. Eso implica la aparición de nuevas formas de desarrollo y procesamiento de la paradoja de los derechos humanos, exigiendo, por un lado, la institucionalización de la protección internacional o global de los mismos por procedimientos democráticos y, por otro, la ampliación del modelo de Estado democrático de Derecho en diversos contextos culturales de la sociedad mundial del presente. Ya se han convertido en lugares comunes las demandas en pro de la institucionalización "democrática" de los derechos humanos a la luz del *rule of law* y del *due process of law* en el plano internacional y transnacional, del fortalecimiento de la "división de poderes" en la ONU, de tribunales competentes independientes de los Estados para las cuestiones de derechos humanos, y de una mayor influencia de los "sectores espontáneos" sobre los "sectores organizados" de la sociedad mundial. Los desarrollos en tal sentido –que se constituyen cada vez más en pretensiones y esperanzas, pero aún delineados sin mucha claridad– dependen, sin embargo, de una auto-institucionalización en el ámbito de los ordenamientos jurídicos estatales, todavía rígidamente delimitados territorialmente (y viceversa). Se impone, pues, antes la promoción internacional y transnacional de "Estados de derechos humanos" que la represión imperialista de "Estados contrarios a los derechos humanos".

(Trad. de Victoria Roca Pérez)

Bibliografía

ARATO, Andrew / BRUNKHORST, Hauke (2003): "Ausgeträumt, die Revolution von außen", en: *Frankfurter Rundschau*, N° 99, 29.04.2003, p. 11.

BENDIX, Reinhard (1969): *Nation-Building and Citizenship. Studies of our Changing social order*, Garden City, New York: Anchor (1. ed.: 1964).

BOBBIO, Norberto (1992): *A Era dos Direitos*, trad. de Carlos Nelson Coutinho, Rio de Janeiro: Campus.

BÖCKENFÖRDE, Ernst-Wolfgang (1999): "Ist Demokratie eine notwendige Forderung der Menschenrechte?", in: Stefan Gosepath/Georg Lohmann (eds.), *Philosophie der Menschenrechte*, 2. ed., Frankfurt am Main: Suhrkamp, pp. 233-243.

BOURDIEU, Pierre (1971): "Genèse et structure du champ religieux", en: *Revue française de Sociologie*, Vol. XII, N° 3 (Paris: Editions du C.N.R.S.), pp. 295-334.

– (1982): *Ce que parler veut dire: l'économie des échanges linguistiques*, Paris: Fayard.

– (1989): *La noblesse d'État: Grandes écoles et esprit de corps*, Paris: Édtions de Minuit.

BOURDIEU, Pierre / PASSERON, Jean-Claude (1970): *La reproduction: éléments pour une théorie du système d'enseignement*, Paris: Les Éditions de Minuit.

BRUNKHORST, Hauke (1999): "Heterarchie und Demokratie", in: Hauke Brunkhorst/ Peter Niesen (eds.), *Das Recht der Republik*, Frankfurt am Main: Suhrkamp, pp. 373-385.

– (2000): *Einführung in die Geschichte politischer Ideen*, München: Fink.

– (2002): *Solidarität: Von der Bürgerfreundschaft zur globalen Rechtsgenossenschaft*, Frankfurt am Main: Suhrkamp.

BRUNKHORST, Hauke / KÖHLER, Wolfgang R. / LUTZ-BACHMANN, Matthias (eds.), (1999): *Recht auf Menschenrechte: Menschenrechte, Demokratie und internationale Politik*, Frankfurt am Main: Suhrkamp.

CASSIRER, Ernst (1944): *An Essay on Man: An Introduction to a Philosophy of Human Culture*, New Haven: Yale University Press. Trad. bras. (1972): *Antropologia Filosófica – Ensaio sobre o Homem: Introdução a uma Filosofia da Cultura Humana*, São Paulo: Mestre Jou.

– (1988): *Philosophie der symbolischen Formen*, vol. I, 9. ed., Darmstadt: Wissenschaftliche Buchgesellschaft (Reimpresión de la 2. ed. de 1953).

COMPARATO, Fábio Konder (1999): *A Afirmação Histórica dos Direitos Humanos*, São Paulo: Saraiva.

DELCAS, Marie (2002): "Opposition et officiers rebelles appellent à « libérer » le Venezuela", en: *Le Monde*, N° 17962, 25.10.2002, p. 5.

ECO, Umberto (1984): *Semiotica e filosofia del linguaggio*, Torino: Einaudi. Trad. bras. (1991): *Semiótica e Filosofia da Linguagem*, São Paulo: Ática.

EDELMAN, Murray (1967): *The Symbolic Uses of Politics*, Urbana / Chicago / Londres: University of Illinois Press.

– (1977). *Political Language: Words that Succeed and Policies that Fail*, New York / San Francisco / London: Academic Press.

FAORO, Raymundo (1976): *Machado de Assis: a pirâmide e o trapézio*, 2. ed., São Paulo: Editora Nacional / Secretaria de Cultura Ciência e Tecnologia do Estado de São Paulo.

FASSBENDER, Bardo (1998): "The United Nations Charter as Constitution of the International Community", in: *Columbia Journal of Transnational Law*, vol. 36, N° 3 (New York: The Columbia Journal of Transnational Law Association), pp. 529-619.

FISCHER-LESCANO, Andreas (2002a): "Globalisierung der Menschenrechte", in: *Blätter für deutsche und internationale Politik*, 10/2002 (Bonn: Blätter Verlagsgesellschaft), pp. 1236-1244.

– (2002b): "Globalverfassung: Verfassung der Weltgesellschaft", en: *Archiv für Rechts– und Sozialphilosophie* 88 (Stuttgart: Franz Steiner Verlag), pp. 349-378.

GAUCHET, Marcel (1989): *La Révolution des droits de l'homme*, Paris: Gallimard.

GERHARDT, Volker (1999): "Menschenrecht und Rhetorik", en: BRUNKHORST / KÖHLER / LUTZ-BACHMANN (eds.), 1999: 20-40.

GUSFIELD, Joseph R. (1967): "Moral Passage: The Symbolic Process in Public Designations of Deviance", en: *Social Problems*, vol. 15, N° 2 (Detroit, Michigan: Society for the Study of Social Problems), pp. 175-188.

– (1986): *Symbolic Crusade: Status Politics and the American Temperance Movement*, 2. ed., Urbana / Chicago: University of Illinois Press (1. ed.: 1963).

HABERMAS, Jürgen (1992): *Faktizität und Geltung: Beiträge zur Diskurstheorie des Rechts und des demokratischen Rechtsstaats*, Frankfurt am Main: Suhrkamp.

– (1996): *Die Einbeziehung des Anderen: Studien zur politischen Theorie*, Frankfurt am Main: Suhrkamp.

– (1998a): *Die postnationale Konstellation: Politische Essays*, Frankfurt am Main: Suhrkamp.

– (1998b): "Jenseits des Nationalstaats? Bemerkungen zu Folgeproblemen der wirtschaftlichen Globalisierung", en: Ulrich Beck (ed.), *Politik der Globalisierung*, Frankfurt am Main: Suhrkamp, pp. 67-84.

– (1999a): "Zur Legitimation durch Menschenrechte", en: Hauke Brunkhorst / Peter Niesen (eds.), *Das Recht der Republik*, Frankfurt am Main: Suhrkamp, pp. 386-403.

– (1999b): *Wahrheit und Rechtfertigung: Philosophische Aufsätze*, Frankfurt am Main: Suhrkamp.

– (2000): "Bestialität und Humanität: Ein Krieg an der Grenze zwischen Recht und Moral", en: Reinhard Merkel (ed.), *Der Kosovo-Krieg und das Völkerrecht*, Frankfurt am Main: Suhrkamp, pp. 51-65.

– (2003): "Was bedeutet der Denkmalsturz?", en: *Frankfurter Allgemeine Zeitung*, N° 91, 17.05.2003, p. 33.

– (2004): „Wege aus der Weltunordnung: Ein Interview mit Jürgen Habermas", en: *Blätter für deutsche und internationale Politik* 1/2004 (Bonn: Blätter Verlagsgesellschaft), pp. 27-45.

HÖFFE, Otfried (2002a): *Demokratie im Zeitalter der Globalisierung*, München: Beck.

– (2002b): "Globalität statt Globalismus. Über eine subsidiäre und föderale Weltrepublik", en: Matthias Lutz-Bachmann / James Bohman (eds.), *Weltstaat oder Staatenwelt? Für und wider die Idee einer Weltrepublik*, Frankfurt am Main: Suhrkamp, pp. 8-31.

HOFSTADTER, Douglas R. (1979): *Gödel, Escher, Bach: an Eternal Golden Braid*, Hassocks: The Harvester Press. Trad. bras. (2001): *Gödel, Escher, Bach: Um Entrelaçamento de Gênios Brilhantes*, Brasília: Editora Universidade de Brasília / São Paulo: Imprensa Oficial do Estado.

KANT, Immanuel (1993): "Zum ewigen Frieden: Ein Philosophischer Entwurf", en: idem, *Werkausgabe*, vol. XI: *Schriften zur Anthropologie, Geschichtsphilosophie, Politik und Pädagogik 1*, ed. por Wilhelm Weischedel, 10. ed., Frankfurt am Main: Suhrkamp, pp. 191-251 (1. ed.: Königsberg 1795).

KINDERMANN, Harald (1988): "Symbolische Gesetzgebung", en: Dieter Grimm / Werner Maihofer (eds.), *Gesetzgebungstheorie und Rechtspolitik (Jahrbuch für Rechtssoziologie und Rechtstheorie 13)*, Opladen: Westdeutscher Verlag, pp. 222-245.

– (1989): "Alibigesetzgebung als symbolische Gesetzgebung", in: Rüdiger Voigt (eds.), *Symbole der Politik, Politik der Symbole*, Opladen: Leske + Budrich, pp. 257-273.

KOSKENNIEMI, Martti (1998): "Die Polizei im Tempel – Ordnung, Recht und die Vereinten Nationen: Eine dialektische Betrachtung", en: Hauke Brunkhorst (ed.): *Einmischung erwünscht? Menschenrechte und bewaffneten Intentionen*, Frankfurt am Main: Fischer, S. 63-87.

– (2002): *The Gentle Civilizer of Nations: The Rise and Fall of International Law 1870–1960*, Cambridge: Cambridge University Press.

LACLAU, Ernesto (1994): "Why do Empty Signifiers Matter to Politics?", in: Jeffrey Weeks (eds.), *The Lesser Evil and the Greater Good. The Theory and Politics of Social Diversity*, London: Rivers Oram Press, pp. 167-178.

LADEUR, Karl-Heinz (1992): *Postmoderne Rechtstheorie: Selbstreferenz – Selbstorganisation – Prozeduralisierung*, Berlin: Duncker & Humblot.

LAFER, Celso (1988). *A Reconstrução dos Direitos Humanos: Um Diálogo com o Pensamento de Hanna Arendt*, São Paulo: Companhia das Letras.

– (1999): "Direitos Humanos", en: Idem, *Comércio, Desarmamento, Direitos Humanos: Reflexões sobre uma Experiência Diplomática*, São Paulo: Paz e Terra, pp. 139-200.

LALANDE, André (ed.) (1992): *Vocabulaire technique et critique de la Philosophie*, 2a ed., vol. 2, Paris: Quadrige / Presses Universitaires de France (edición original, en fascículo, en Bulletin de la Société française de Philosophie, 1902-1923).

LEFORT, Claude (1981). "Droit de l'homme et politique", en: Idem, *L'Invention Démocratique: Les limites de la domination totalitaire*, Paris: Fayard, pp. 45-83.

Trad. bras. (1987): "Direitos do homem e política", en: *A Invenção democrática: Os Limites do Totalitarismo*, 2. ed., São Paulo: Brasiliense, pp. 37-69.

LÉVI-STRAUSS, Claude (1958): *Anthropologie Structurale*, Paris: Plon.

– (1973): "Introduction à l'œuvre de Marcel Mauss", en: *Marcel Mauss, Sociologie et Anthropologie*, vol. I, 5. ed., Paris: Presses Universitaires de France, pp. IX-LII. Trad. bras. (1974): "Introdução à Obra de Marcel Mauss", in: *Marcel Mauss, Sociologia e Antropologia*, vol. I, São Paulo: E. P. U. / EDUSP, pp. 1-36.

LOEWENSTEIN, Karl (1975): *Verfassungslehre*, 3. ed., Tübingen: Mohr.

LUHMANN, Niklas (1971): "Systemtheoretische Argumentationen: Eine Entgegnung auf Jürgen Habermas", en: Jürgen Habermas / Niklas Luhmann, *Theorie der Gesellschaft oder Sozialtechnologie – Was Leistet die Systemforschung?*, Frankfurt am Main: Suhrkamp, 291-405.

– (1975): "Komplexität", en: idem, *Soziologische Aufklärung 2: Aufsätze zur Theorie der Gesellschaft*, Opladen: Westdeutscher Verlag, pp. 204-20.

– (1981): *Ausdifferenzierung des Rechts*, Frankfurt a. M.: Suhrkamp.

– (1983). "Die Einheit des Rechtssystems", en: *Rechtstheorie* 14 (Berlin: Duncker & Humblot), pp. 129-154.

– (1984): "The Self-Reproduction of the Law and its Limits", en: Felippe Augusto de Miranda Rosa (ed.), *Direito e Mudança Social*, Rio de Janeiro: OAB-RJ, pp. 107-128.

– (1986): *Grundrechte als Institution: Ein Beitrag zur politischen Soziologie*, 2. ed., Berlin: Duncker & Humblot.

– (1987a): *Soziale Systeme: Grundriß einer allgemeinen Theorie*, Frankfurt am Main: Suhrkamp.
– (1987b): *Rechtssoziologie*, 3. ed., Opladen: Westdeutscher Verlag.
– (1992): *Beobachtungen der Moderne*, Opladen: Westdeutscher Verlag.
– (1993a): "Das Paradox der Menschenrechte und drei Formen seiner Entfaltung", en: *Rechtsnorm und Rechtswirklichkeit: Festschrift für Werner Krawietz zum 60. Geburtstag*, Berlin: Duncker & Humblot.
– (1993b): *Das Recht der Gesellschaft*, Frankfurt am Main: Suhrkamp.
– (1997): *Die Gesellschaft der Gesellschaft*, Frankfurt am Main: Suhrkamp, 2 tomos.
– (1999): "Ethik in internationalen Beziehungen", en: *Soziale Welt* 50 (Baden-Baden: Nomos), pp. 247-254.
– (2000): *Die Politik der Gesellschaft*, Frankfurt am Main: Suhrkamp.

LYOTARD, Jean-François (1979): *La condition postmoderne*, Paris: Minuit.

MARSHALL, T. H. (1976): *Class, Citizenship, and Social Development*, Westport, Connecticut: Greenwood Press (reimpresión de la edición de Nueva York, 1964).

MARX, Karl (1988): "Zur Judenfrage", en: Karl Marx / Friedrich Engels, *Werke*, vol. I, 15. ed., Berlin: Dietz Verlag, pp. 347-377 (originariamente en: Deutsch-Französische Jahrbücher, Paris, 1844).

MAUS, Ingeborg (1997): "Staatssouveränität als Volkssouveränität. Überlegungen zum Friedensprojekt Immanuel Kants", en: Wilfried Loth (ed.), *Jahrbuch 1996 des Kulturwissenschaftlichen Instituts im Wissenschaftszentrum NRW*, Essen: Altes Rathaus, pp. 167-194.

MICHELMAN, Frank I. (1999): "Bedürfen Menschenrechte demokratischer Legitimation?", en: BRUNKHORST / KÖHLER / LUTZ-BACHMANN (eds.), 1999: 52-65.

MÜLLER, Friedrich (1994): *Strukturierende Rechtslehre*, 2. ed., Berlin: Duncker & Humblot.
– (1995): *Juristische Methodik*, 6. ed., Berlin: Duncker & Humblot.
– (1997): *Wer ist das Volk? Die Grundfrage der Demokratie. Elemente einer Verfassungstheorie* VI, Berlin: Duncker und Humblot. Trad. bras. (1998): Quem é o Povo? A Questão Fundamental da Democracia, São Paulo: Max Limonad.

NEVES, José Cavalcanti (1972): "A Ordem dos Advogados do Brasil e o Conselho de Defesa dos Direitos da Pessoa Humana – Exposição do Presidente", en: *Revista da Ordem dos Advogados do Brasil*, ano IV, vol. IV (Rio de Janeiro: OAB/CF), agosto de 1972, pp. 173-180.

NEVES, Marcelo (1992): *Verfassung und Positivität des Rechts in der peripheren Moderne: Eine theoretische Betrachtung und eine Interpretation des Falls Brasilien*, Berlin: Duncker & Humblot.
– (1994a): *A Constitucionalização Simbólica*, São Paulo: Acadêmica.
– (1994b) "Entre Subintegração e Sobreintegração: A Cidadania Inexistente", en: *DADOS – Revista de Ciências Sociais* 37/2 (Rio de Janeiro: IUPERJ), pp. 253-276.
– (2000): *Zwischen Themis und Leviathan: Eine Schwierige Beziehung – Eine Rekonstruktion des demokratischen Rechtsstaates in Auseinandersetzung mit Luhmann und Habermas*, Baden-Baden: Nomos.

– (2002): "Gerechtigkeit und Differenz in einer komplexen Weltgesellschaft", en: *Archiv für Rechts– und Sozialphilosophie* 88 (Stuttgart: Franz Steiner), pp. 323-348

NYE, Joseph S. (1991): *Bound to Lead: The Changing Nature of American Power*, New York: Basic Books.

– (2002): *The Paradox of American Power: Why the Word's only Superpower can't go it alone*, Oxford: Oxford University Press.

PIOVESAN, Flávia (1996): *Direitos Humanos e o Direito Constitucional Internacional*, São Paulo: Max Limonad.

PROVOST, René (2002): *International Human Rights and Humanitarian Law*, Cambridge: Cambridge University Press.

RAWLS, John (1993): *Political Liberalism*, New York: Columbia University Press.

RUSSELL, Bertrand (1968): *Logic and Knowledge — Essays, 1901-1950*, London / New York: Allen & Unwin / Macmillan (1. ed.: 1956).

TEUBNER, Gunther (1996): "Altera Pars Audiatur: Das Recht in der Kollision anderer Universalitätsansprüche", en: *Archiv für Rechts– und Sozialphilosophie*, Suplemento [Beiheft] 65 (Wiesbaden: Steiner), pp. 199-220.

– (2000): "Privatregimes: Neo-Spontanes Recht und duale Sozialverfassungen in der Weltgesellschaft", en: Dieter Simon / Manfred Weiss (eds.), *Zur Autonomie des Individuums. Liber Amicorum Spiro Simitis*, Baden-Baden: Nomos, pp. 437-453.

– (2003): "Globale Zivilverfassungen: Alternativen zur staatszentrierten Verfassungstheorie", en: *Zeitschrift für ausländisches öffentliches Recht und Völkerrecht* 63/1 (Heidelberg: Max Planck Institut für ausländisches öffentliches Recht und Völkerrecht), pp. 1-28.

WELSCH, Wolfgang (1991): "Gesellschaft ohne Meta-Erzählung?", en: Wolfgang Zapf (ed.), *Die Modernisierung moderner Gesellschaften: Verhandlungen des 25. Deutschen Soziologentages in Frankfurt am Main 1990*, Frankfurt am Main / New York: Campus, pp. 174-184.

– (1996): *Vernunft: Die zeitgenössische Vernunftkritik und das Konzept der transversalen Vernunft*, 2. ed., Frankfurt am Main: Suhrkamp.

WITTGENSTEIN, Ludwig (1997): "Philosophische Untersuchungen" [1945-1949], en: Idem, *Werkausgabe*, vol. 1, 11. ed., Frankfurt am Main: Suhrkamp, pp. 225-618.

ZOLO, Danilo (1993): "Democratic Citizenship in a Post-communist Era", en: David Held (ed.), *Prospect for Democracy*: *North, South, East, West*, Cambridge: Polity Press, pp. 254-268.

¿QUIÉN LE TEME A LA IGUALDAD?[1]

Marcelo Alegre
Universidad de Buenos Aires– Sociedad Argentina de Análisis Filosófico

Resumen. El igualitarismo enfrenta objeciones en los tres planos de la filosofía política y moral, (el de las virtudes, el de las consecuencias, y el de los deberes). Las pincipales críticas de que se ocupa este trabajo son la de la la Nivelación Hacia Abajo, la de las Libertades y la de la Envidia. Mi perspectiva se distingue de otras defensas igualitarias porque en lugar de reconocer y minimizar esos efectos, no admite que el igualitarismo implique nivelar para abajo, o vulnerar la libertad, o que sea una mera racionalización de la envidia, Una reconstrucción adecuada del ideal de la igualdad nos permite identificar los errores de los críticos.

Abstract. Egalitarianism faces objections on all three levels of moral and political philosophy: virtues, consequences, and duties. The main criticisms analyzed here are the Leveling Down Objection, the Freedom Objection and the Envy Objection. I depart from other viewpoints in that I do not concede, as many egalitarians do, that equality implies leveling down, or trumping on liberty, or rationalizing envy (egalitarians minimize those effects in different ways). A plausible reconstruction of the ideal of equality shows the mistakes of its critics.

[1] Agradezco a Carlos Véliz por ayudarme a traducir el tercer capítulo de mi disertación doctoral (NYU, 2003), parte del cual, con muchas modificaciones, integra este trabajo. Thomas Nagel, Ronald Dworkin y Carlos Rosenkrantz leyeron y comentaron varias veces versiones anteriores de este ensayo, así como Yochai Benkler, Mattias Kumm, y mis compañeros del programa doctoral en NYU. Agradezco a Roberto Gargarella, Marcelo Ferrante, Eduardo Rivera López y Horacio Spector por observaciones a un borrador que presenté en la Universidad Di Tella en 2003, parte del cual está integrado a la sección 5 y también a los asistentes al Coloquio "Derecho, Moral, y Política", de la Facultad de Derecho de la Universidad de Palermo, especialmente Raquel Asensio, Romina Faerman, Carolina Fairstein, Gustavo Maurino, Florencia Luna, y Carlos Starmanns. Sin embargo, nadie más que yo, claro, debe responder por los errores remanentes.

1. Introducción

Este trabajo se ocupa de las principales objeciones sustantivas[2] al igualitarismo. Las objeciones que describiré operan en los tres planos de la teoría moral: el plano de los deberes, a los que se refiere el enfoque deontológico, el de las consecuencias, en el que se centra el consecuencialismo, y el nivel del carácter personal, que es el foco de la ética de la virtud. Ellas son la objeción de la "nivelación hacia abajo", la objeción "de la libertad", y la objeción "de la envidia". Estas objeciones pueden ser respondidas de diversas formas, y en particular la primera, lo ha sido siguiendo una estrategia de "doblar la apuesta", aceptando que la igualdad implica nivelar hacia abajo (empeorando la situación de algunos sin mejorar la situación de nadie), pero negando que ello sea un defecto fatal del igualitarismo. Esa estrategia, a mi juicio, es equivocada. El tema dominante en mi argumento es que las críticas bajo examen se basan en una visión distorsionada del ideal de la igualdad. Por lo tanto, en vez de negar la premisa subyacente a las críticas al igualitarismo de que nivelar para abajo (o violar la libertad, o manifestar envidia) es algo moralmente cuestionable, pondré de relieve que la igualdad, como ideal, no requiere, y ni siquiera acepta, cursos de acción de nivelación hacia abajo, o que vulneren libertades, o que puedan entenderse como conductas envidiosas.

Esta es la estructura de mi exposición: En la sección 2 explico qué entenderé por igualitarismo y caracterizo las principales corrientes igualitarias de raíz liberal-democrática. En la sección 3 expongo las críticas que serán objeto de mi análisis y defiendo la necesidad de defender al igualitarismo en los tres niveles del discurso normativo que referí al comienzo. En la sección 4 trato la objeción de la "nivelación hacia abajo". Luego de describir qué tipo de casos pueden ser genuinamente entendidos como casos de nivelación hacia abajo, sostengo que la igualdad no cae presa de esta objeción, para lo cual confronto varias afirmaciones de Larry Temkin y descalifico una supuesta versión de la igualdad, la igualdad "télica" por irrelevante en términos históricos e inaceptable moralmente. Esta sección termina con una especulación acerca de uno de los posibles motivos que podrían haber llevado a algunos a creer que la igualdad implica nivelar hacia abajo. En la sección 5, analizo la crítica según la cual el igualitarismo es incompatible con la libertad, la cual entenderé como el conjunto de derechos constitucionales de la democracia moderna. Luego de hacer notar el fracaso de la famosa

[2] He intentado responder a objeciones de índole formal (que la noción de igualdad es vacía, trivial y que genera confusión) en otro ensayo, "Igualdad y Discurso Moral", Isonomía, 2005.

predicción de Hayek acerca de que los estados de bienestar desembocarían en estados totalitarios, me detengo en la que creo es una fuente genuina de tensiones entre la igualdad y la libertad. Me refiero al objetivo de neutralizar las diferencias en habilidades innatas de las personas en el ámbito económico. Tras mostrar la forma en que dos de las principales teorías igualitarias resuelven el problema, propongo un camino diferente: una conciliación del argumento de la "lotería natural" con la posibilidad de tolerar cierto rango de retribuciones diferenciales en base a los talentos. En la sección 6 respondo las objeciones al igualitarismo según las cuales la igualdad es meramente una racionalización de la envidia, y que las políticas igualitarias causan un crecimiento de las propensiones envidiosas. Sugiero que la primera de estas críticas es parasitaria de la de la nivelación hacia abajo y debe ser rechazada junto con ella. Respecto de la segunda, afirmo que se basa en el viejo malentendido según el cual la igualdad se reduce a uniformidad. En la sección 6 expongo las conclusiones, formulo una observación sobre la disputa monismo-pluralismo y solicito, finalmente, la absolución de mi defendida.

2. Un ideal bajo sospecha

Por "igualitarismo" entenderé el haz de teorías de filosofía moral y política que comparten, en primer lugar, la creencia en la igualdad moral básica de las personas y en segundo lugar, la convicción de que dicha igualdad básica requiere una igualación (más o menos radical, según los casos) de las oportunidades, recursos, ventajas, y costos que las instituciones sociales asignan a los individuos. La primera creencia no es distintiva del igualitarismo, ya que es compartida por todas las concepciones filosófico-políticas no discriminatorias y, consecuentemente, solamente es negada por las visiones racistas, sexistas y aristocráticas. Lo típicamente igualitario es la noción de que dicha igualdad básica requiere además de las protecciones habituales contra las prácticas discriminatorias por razones de raza, género, o proveniencia étnica, que las instituciones sociales se organicen y funcionen asignando a todos iguales posibilidades de acceso a las ventajas de la vida en común.

La conexión entre ambas creencias asume diversas formas, dependiendo de las diversas variantes de igualitarismo. Cabe mencionar al menos las siguientes dos variantes. Por un lado, hay quienes creen que la igualdad moral básica o fundamental entre los seres humanos requiere que se nos coloque en una posición de igualdad frente a las contingencias que afectan nuestro futuro, incluyendo contingencias en nuestro contexto familiar, nuestra carga genética, nuestras capacidades para atraer recursos en el mercado, etc. Diversos autores discrepan acerca de cuántas contingencias deben estar sujetas a esta política de igualación, y también discrepan respecto de si ciertos

factores que inciden en nuestro éxito en la vida, como el esfuerzo, deben ser tratados como parte de las circunstancias azarosas –y por consiguiente estar sujetos a neutralización– o como fluyendo de nuestras decisiones –y por lo tanto como factores que pueden producir desigualdades aceptables–. La equiparación de recursos, según esta visión, viene a evitar que las personas queden cautivas de la suerte en lugar de poder forjar sus propios destinos a través de sus decisiones voluntarias.

Una segunda variante igualitaria afirma, en cambio, que la igualación de recursos es requerida por aquella igualdad fundamental, pero por una razón distinta: aquella igualdad básica entre las personas se vería comprometida por el tipo de relaciones de subordinación, humillación, servidumbre, etc, que se generan en situaciones de desigualdad material. De acuerdo con esta concepción, pues, las desigualdades económicas deben limitarse con el propósito de que las personas no queden en las manos de otras, a quienes deben servir para subsistir, o frente a las cuales deben implorar por asistencia.[3]

En este punto, cabe observar dos coincidencias importantes entre estos enfoques. Ambos coinciden, primero, en asignar a la igualdad económica una importancia meramente instrumental. La igualdad en la posesión de recursos no es valorada en sí misma, como algo valioso per se. Antes bien, es necesaria para no vulnerar la igualdad moral básica o fundamental de las personas. La vulneración se produciría, según el primer grupo de igualitarios, si las instituciones replicaran o legitimaran la buena suerte de quienes nacen en cuna de oro, o con capacidades innatas de las que otros carecen, etc. Por lo tanto, las desigualdades resultantes una vez que estos factores son neutralizados, o una vez que las personas son provistas de iguales recursos para hacerles frente, no son moralmente problemáticas (salvo ciertos extremos, que suelen resolverse a través de consideraciones paternalistas, a fin de que, por ejemplo, el arriesgado amante de los deportes extremos que no

---

[3] Ronald Dworkin, Eric Rakowski, Philippe Van Parijs ejemplifican el primer modelo, el de la igualdad "de opciones". Ver Ronald Dworkin, *Sovereign Virtue, The Theory and Practice of Equality*, Cambridge: Harvard University Press, 2000, en adelante "SV", Eric Rakowski, *Equal Justice,* Clarendon: Oxford University Press, 1991, Philippe Van Parijs, *Real Freedom For All. What (if Anything) Can Justify Capitalism,* Oxford University Press, 1995. Elizabeth Anderson y Samuel Scheffler han defendido una visión "relacional" de la igualdad. Ver, Elizabeth Anderson, "What is the Point of Equality?", *Ethics*, Vol. 109:2, January 1999, Samuel Scheffler, "What is Egalitarianism?", *Philosophy and Public Affairs 31, no.1*, pp. 5-39. Rawls parece combinar ambas perspectivas. Ver, John Rawls, *A Theory of Justice, Revised Edition,* Cambridge: Harvard University Press, 1999. Por mi parte, he tratado de disolver las supuestas tensiones entre ambas posturas, enfatizando que la igualdad requiere mantener bajo control las disparidades económicas (aun las que la primer perspectiva observa con indiferencia, pero no solamente por las razones que preocupan a los partidarios de la igualdad relacional). "Egalitarian Rights and Constitutional Democracy", disertación doctoral, noviembre de 2003 (New York University School of Law).

tomó precauciones ni contrató un seguro médico, reciba atención médica si sufre un accidente). Pero si alguien decide valorar más su ocio que los demás, esta perspectiva de la igualdad no requiere que se transfieran recursos a su favor, cuando, con el paso del tiempo, esta persona se vea con menos recursos a su disposición que los que disfrutan personas más laboriosas. Según el segundo grupo de igualitarios, se vulneraría la igualdad moral de las personas si se permitiera que la distribución de recursos económicos (inclusive a través del mercado) produjera tal disparidad en la posesión de bienes que ciertas personas y grupos se vieran sometidos a relaciones y modos de vida indignos. Pero si las desigualdades materiales no redundaran en un deterioro de la calidad de las relaciones sociales, serían incuestionables desde esta concepción (por supuesto, esta desconexión entre desigualdades económicas y socio-políticas es, para la mayoría de los igualitarios, imposible en la práctica).

Una segunda coincidencia es que ambas perspectivas fusionan el ideal de la igualdad con el ideal de la autonomía. La primera perspectiva, la de la igualdad "de opciones" requiere que se igualen recursos y oportunidades para que pueda operar una autonomía genuina, no contaminada por factores azarosos y arbitrarios. La segunda perspectiva, la de la igualdad "relacional", también concibe a la igualdad de recursos como un reaseguro para el imperio de la autonomía: debemos ser iguales materialmente para ser autónomos y no quedar, por el contrario, a merced de quienes tienen más recursos.

No pretendo que se tome a las corrientes igualitarias precedentes como las mejores, más razonables o más aceptadas. Existen otras variantes igualitarias, e incluso las que describí admiten combinaciones entre sí. Pero las que escogí tienen en común que constituyen un blanco válido para las objeciones al igualitarismo que voy a considerar. No son creaciones excéntricas que escapan a las críticas usuales a la igualdad al precio de la irrelevancia práctica. Por el contrario, cualquiera de estas variantes defiende el tipo de políticas que los adversarios de la igualdad cuestionan, políticas que como mínimo incluyen: alta progresividad impositiva, acciones afirmativas para compensar desigualdades estructurales y heredadas, limitaciones al derecho de propiedad, amplios programas de seguros social y médico, garantías de ingresos mínimos, y una fuerte presencia estatal en la enseñanza. Por cierto, mi respuesta a alguna de las críticas sí habrá de afirmar que éstas están dirigidas a una caricatura de la igualdad, o a una deformación de este ideal. Pero así como creo que la descripción del igualitarismo subyacente a estas críticas no se ajusta a las versiones que he descripto, pienso que tampoco reconstruye de manera mínimamente aceptable el ideario de ningún movimiento político-social significativo.

3. Consecuencias, restricciones deontológicas, y virtudes. Tipología del anti-igualitarismo

El igualitarismo ha sido sometido a objeciones en los tres principales niveles de análisis de la filosofía moral: el de las consecuencias, el de las restricciones deontológicas, y el de las virtudes. Así, los anti-igualitarios consecuencialistas afirman que el estado de cosas que el igualitarismo produce es peor que al menos algunas de las alternativas no-igualitarias (que la igualdad compromete la eficiencia resulta un lugar común del discurso conservador). A su vez, para los anti-igualitarios dentológicos, seguir los consejos igualitarios implica violar algunas restricciones no-consecuencialistas, principalmente, en la forma de derechos y títulos legítimos. En términos más corrientes, el igualitarismo es acusado de hacer peligrar la libertad y otras garantías de una sociedad abierta. Finalmente, algunos autores atacan al igualitarismo desde la perspectiva de la ética de la virtud. Una persona virtuosa, de acuerdo a esta visión, no puede ser igualitaria.

A mi juicio, las tres mayores objeciones a las teorías de la igualdad son: i) El Argumento de la Nivelación para Abajo; ii) El Argumento de las Libertades y iii) El Argumento de la Envidia. El argumento de la Nivelación asume una estructura consecuencialista, pero también deontológica. Es consecuencialista en cuanto está ligado a la idea de que la igualdad puede impedir el logro de estados de cosas mejores, o que conspira contra la maximización de algún valor, como el bienestar agregado, la felicidad, o la riqueza. Es deontológica en cuanto acusa al igualitarismo de propender o permitir la destrucción de bienes de los que tienen más para "nivelarlos" con los que tienen menos. El argumento de las libertades, que critica el carácter autoritario del ideal igualitario (o al menos de parte de ese ideal) es típicamente deontológico. Un ejemplo es la famosa estocada de Nozick contra la idea de la lotería natural, consistente en preguntarse si dicha idea no favorecería la distribución forzada de órganos corporales. El argumento de la Envidia, se mueve en el plano de las virtudes. El igualitarismo, según esta objeción, no es más que el producto (o una "racionalización") del vicio de la envidia. Un ciudadano virtuoso, en cambio, no debería caer en comparaciones envidiosas entre lo que él posee y lo que poseen los demás.

No trataré de establecer aquí cuál de las tres aproximaciones a la teoría moral (el consecuencialismo, el deontologismo, o la ética de la virtud) resulta a mi juicio más adecuada. Sin embargo, creo que el igualitarismo puede y debe ser defendido contra los ataques provenientes desde las tres perspectivas. La razón de por qué una teoría política debe ser evaluada a través de cada una de las tres dimensiones de la práctica moral (consecuencias, deberes, virtudes) es que la deliberación democrática sería radicalmente incompleta si una de aquellas dimensiones estuviera ausente o fuera subestimada. Cual-

quier teoría que no tome en cuenta las consecuencias sería, usando las palabras de Rawls, "irracional, loca"[4]. A su turno, cualquier teoría que descuide la existencia de restricciones en la persecución de objetivos podría justificar cursos de acción horrendos –un punto que resulta central para las visiones deontológicas–. Finalmente, una teoría política debe prestar atención también a la necesidad de propagar las disposiciones básicas para sostener y reforzar las conductas e instituciones públicas justas, de acuerdo a lo afirmado usualmente por los filósofos morales de la ética de la virtud. Por lo tanto el ideal de la igualdad, o para el caso, cualquier ideal, sería deliberativamente incompleto si no se manifestara en estas tres dimensiones de la justicia, y fracasaría si pudiera ser descalificado en cualquiera de ellas.

4. El Argumento de la Nivelación hacia Abajo

Una de las objeciones más difundidas a las propuestas igualitarias es que las políticas igualitarias colisionan con el propósito de incrementar el bienestar agregado de la sociedad. Esto puede ocurrir de distintas formas. Primero, las políticas igualitarias podrían mejorar la situación de los más desfavorecidos pero perjudicando a los que están mejor en una medida mayor que la del beneficio de los primeros.[5] Es decir de una situación (5,2)[6] el igualitarismo favorecería pasar a una situación (3,3). La mejora de los que están peor se ve acompañada por un deterioro en la posición de los mejor situados que es mayor que dicha mejora, y el total de recursos (o bienestar, o cualquiera sea la medida relevante que utilicemos) también cae (en este caso de 7 a 6). Segundo, las políticas igualitarias podrían favorecer un curso de acción aun más sencillo: modificar la distribución original (5,2) simplemente destruyendo 3 unidades de los mejor situados, para pasar a una situación (2,2). Esto es nivelar para abajo. Tercero, la nivelación para abajo puede adoptar formas aun más extremas, por ejemplo transformando (5,2) en (1,1), una situación en la que todos están peor que antes, pero iguales.

Los tres cursos de acción son agregativamente negativos, es decir, los tres disminuyen el total de recursos o beneficios. Pero quisiera concentrarme en los casos de nivelación hacia abajo, como el segundo y el tercero. En el primer caso la nivelación no se produce hacia abajo estrictamente, sino

---

[4] J. Rawls, *A Theory of Justice,* p. 30. [J. Rawls, *Teoría de la Justicia*, Ed. F.C.E., página 41]

[5] En este trabajo usaré indistintamente la idea de recursos, beneficios, utilidades, ya que para el propósito de la presente discusión no es necesario elucidar cuál teoría acerca de la moneda de cambio de la igualdad (la discusión sobre ¿igualdad de qué?) es la más acertada.

[6] La expresión entre paréntesis debe interpretarse como indicando la cantidad de bienes, recursos o unidades de utilidad que poseen dos personas o grupos. Así, (5,2) significa que el o los mejor situados tienen 5 unidades, y el o los peor situados, 2.

en un punto superior al punto más bajo de la distribución original. En este caso, hay algo que puede decirse en favor de la distribución operada, y es que ha beneficiado a alguien. En los casos segundo y tercero, la igualdad no beneficia a nadie (en el caso segundo nadie está mejor y alguien está peor, mientras que en el tercero todos terminan en peor situación). El primer curso de acción, pues, no da lugar a la objeción de nivelar para abajo ("ONA", de acá en más). Sí da lugar a otra objeción, que en clave consecuencialista afirmaría que la igualdad afecta el total de bienes o riquezas del conjunto. Pero esta objeción no es tan preocupante, una vez que tomamos en cuenta que muchas restricciones a la adopción de alternativas consecuencialistas producen este resultado. No es un argumento a favor de permitir el trabajo infantil el que así aumentaría la productividad de la economía, como no es un argumento válido a favor de la tortura policial el que tal vez así se esclarecerían más delitos. Del mismo modo, la razón por la que la discriminación de las mujeres debe ser combatida no es que el paso de una sociedad sexista a una donde impere la igualdad de géneros creará más felicidad en las mujeres que frustración en los hombres. El caso de la distribución de beneficios y costos económicos asume la misma estructura: resulta plausible afirmar que el mejoramiento de la situación de los que están peor, aun a costa de un sacrificio mayor de los mejor situados, es una política que unos y otros escogerían bajo condiciones de imparcialidad. Esta es la estrategia preferida por los igualitarios y, aunque puede ser equivocada, lo que es importante destacar es que resulta razonable, es decir, que el mero señalamiento de que la igualdad afecta la cantidad total de recursos o beneficios disponibles no constituye un argumento letal o descalificante contra el igualitarismo. Después de todo, hasta el libertarismo de Nozick puede resultar el blanco de la crítica consecuencialista, si ésta pudiera mostrar que algunas de las restricciones deontológicas de la teoría libertarista dificultan la maximización de la riqueza o el bienestar.

Ocupémonos pues de la nivelación para abajo. Una exposición bastante gráfica de la nivelación para abajo es la desplegada en el cuento "Harrison Bergeron", de Kurt Vonnegut JR.[7] Ocurre en 2081, época en la que "todos eran, finalmente, iguales... en todo." Por ejemplo, a la gente con índices de inteligencia por encima del promedio se le requería por ley usar un mecanismo en la cabeza que producía un ruido agudo cada veinte segundos, como modo de disuadirlos "de aprovechar injustamente de su ventaja cerebral." De modo similar, la familia que protagoniza la historia mira por televisión a unas bellas y ágiles bailarinas obligadas a utilizar máscaras y a llevar

[7] Kurt Vonnegut JR, "Harrison Bergeron", in Brian W. Aldiss and Harry Harrison (Eds.) *Decade The 1960s*, pp. 34-40.

ridículos contrapesos en sus cuerpos para neutralizar su encanto y rapidez. Estos dispositivos eran orwellianamente controlados por control remoto por una "Incapacitadora General", de modo de asegurar que "nadie fuera... más inteligente…elegante... más fuerte o más ligero que nadie".[8]

Hasta el momento la respuesta dominante de los igualitarios frente a esta objeción ha sido la de doblar la apuesta. Larry Temkin, por ejemplo, ha defendido la idea de que la igualdad puede favorecer la nivelación para abajo, pero que eso no es un problema letal para el igualitarismo.[9] Del mismo modo, Derek Parfit, en su importante trabajo sobre las variedades de igualitarismo, ha dicho que la ONA reposa en presupuestos equivocados.[10] Luego de analizar estas posiciones, voy a proponer una respuesta diferente, según la cual, la igualdad no implica ni favorece la nivelación para abajo.

Los objetores asumen el siguiente razonamiento:

1. El igualitarismo implica o acepta nivelar para abajo.
2. Nivelar para abajo es incorrecto moralmente.
3 (Conclusión) El valor de la igualdad debe, por lo tanto, ser abandonado.

Según algunos igualitarios la ONA debe ser respondida negando la segunda premisa, es decir, negando que la nivelación para abajo esté mal en todos los casos, o afirmando que dicho curso de acción mejora la situación en un cierto aspecto, aunque esta mejora pueda ser neutralizada por otras consideraciones. Para volver al ejemplo original, –en que A dispone originalmente de 5 unidades de recursos o de utilidad y B, de 2– nivelar para abajo dejaría a ambos con 2 unidades. ¿Cómo podría justificarse esta nivelación hacia abajo, siendo que el empeoramiento de A no tiene ningún impacto en B? Los igualitarios como Temkin piensan que, por más contraintuitivo que parezca, la movida implica una cierta mejora moral. Esta mejora puede ser concluyente, de modo que la nueva distribución sea preferible a la original, o apenas una mejora prima facie, es decir que la nueva distribución es preferible en algún aspecto a la original, aunque tal vez por otras razones, debamos preferir, considerando todas las razones, la distribución original. O sea que, de acuerdo a esta línea de razonamiento, la segunda premisa de la ONA debe

---

[8] "Harrison..." p. 34.

[9] Larry S. Temkin, "Harmful Goods, Harmless Bads", en Raymond G. Frey y Christopher Morris (Eds.), *Value, Welfare, and Morality,* Cambridge University Press, 1993, pp. 290-324, *Inequality,* Oxford University Press, Paperback ed., 1996, "Equality, Priority, and the Levelling Down Objection", en *The Ideal of Equality*, Matthew Clayton y Andrew Williams, (Eds.) MacMillan Press, 2000, "Equality, Priority or What?", *Economics and Philosophy,* 19 (2003) 61-87.

[10] Derek Parfit, "Equality or Priority?" en Clayton y Williams, *The Ideal of Equality*, MacMillan Press, 2000, pp. 81-125.

ser rechazada, porque cuando se alcanza una igualdad a través de nivelar para abajo, la situación mejora, sea en algún aspecto o concluyentemente.[11]

Deseo responder a la ONA de manera diferente, negando la primera premisa, y aceptando la segunda. Es decir, rechazaré la idea de que la igualdad exige nivelar para abajo. A mi juicio, no lo exige, y más aún, no lo acepta. Para demostrar esto, primero distinguiré casos puros e impuros de la nivelación abajo, escrutaré el tipo de igualitarismo que los objetores que se basan en el argumento de la nivelación hacia abajo tienen en mente, explicaré por qué esa concepción supuestamente igualitaria no lo es, mostraré por qué la versión más plausible de igualitarismo no es presa de esta objeción. Luego arriesgaré una explicación acerca de las razones que pueden motivar a los objetores a recaer en el error de adjudicar al igualitarismo la falla de aceptar o propender a la nivelación para abajo.

4.1. Casos puros e impuros de nivelación hacia abajo

Es necesario aclarar, como señala Parfit, que ciertas situaciones que aparecen como instancias de nivelación hacia abajo no lo son. Por ejemplo, piénsese en una sociedad donde rige el voto calificado, y los universitarios tienen doble voto. Si esa sociedad eliminara este privilegio, y consecuentemente todos los ciudadanos dispusieran de un voto, ésta no sería una instancia genuina de nivelación para abajo. La razón es que existen otras dimensiones en las que el cambio impacta positivamente. Aquellos que durante la vigencia del voto calificado no accedían al voto doble, ahora se encuentran mejor en términos de poder político. Por lo tanto, si bien ahora los universitarios tienen menos votos, esta disminución está acompañada por una mejora para otros, y para la sociedad en su conjunto.

Para que la nivelación sea genuinamente "para abajo" y, por lo tanto, problemática moralmente, no debe producir efectos positivos de ningún tipo. Si el análisis de la nivelación para abajo no filtrara los casos impuros, la objeción perdería toda su fuerza. Los casos puros de nivelación hacia abajo, pues, son aquellos en los que los que están mejor pasan a ocupar la misma posición que los que están peor, sin ninguna mejora en la situación de los últimos.

4.2. ¿Exige la igualdad nivelar para abajo?

El filtro aplicado en la sección anterior no es meramente teórico. De hecho, mediante él quedan fuera de la escena una buena parte de las políticas igualitarias. Muchos cursos de acción igualitarios implican nivelar en

[11] Christopher Ake, "Justice as Equality", *Philosophy and Public Affairs 5* (1975) 69-89.

alguna dimensión pero para mejorar la situación de los que están peor (o del conjunto) en otra dimensión. En verdad, cuesta imaginar situaciones en las que en nombre de la igualdad estaría justificado empeorar la situación de algunos sin que ello beneficiara a nadie. Derek Parfit y Larry Temkin, sin embargo, afirman que hay un tipo de igualitarismo que sí exige nivelar para abajo. Parfit lo llama igualitarismo *télico* (o teleológico), y Temkin, igualitarismo *no instrumental.* Los igualitarios télicos o no instrumentales valoran la igualdad en la posesión de recursos o de beneficios en sí misma, sin preocuparse por el impacto que dicha igualdad tiene en el bienestar de las personas, o en el funcionamiento de las instituciones sociales.

Por el contrario, los igualitarios *deónticos* (o deontológicos), o *instrumentales*, valoran la igualdad en la distribución de bienes o recursos como un requisito del funcionamiento justo del estado, o como una condición exigida por otras consideraciones. La idea es que un estado debe tender a la igualdad económica para evitar actuar de manera discriminatoria, o para lograr una convivencia armónica, etc. La mera posesión de recursos iguales entre las personas no es valorada en sí misma. Correlativamente, las desigualdades que no pueden rectificarse no son injustas. Por citar un ejemplo de Parfit, la desigualdad entre el tipo de vidas que disfrutamos en la actualidad y las vidas de los seres humanos en la edad de piedra resulta problemática para el igualitarismo télico, pero no para un igualitario deóntico o instrumental: si no hay nada que podamos hacer para rectificar esa disparidad, o si nada bueno podría obtenerse rectificándola (si fuera posible hacerlo), entonces esa desigualdad es solamente fáctica, no moral.

Para los igualitarios deónticos o instrumentales, la mera disparidad en la posesión de bienes o recursos es tan irrelevante moralmente como la desigualdad en la estatura o en el peso. Las únicas desigualdades moralmente relevantes, y que por lo tanto la igualdad como valor moral exige neutralizar de algún modo, son aquellas que denotan una política discriminatoria o relegan a algunos en el disfrute de beneficios. Para volver al ejemplo de la estatura o el peso, que algunas personas sean más altas o más voluminosas que otras no es motivo de preocupación moral. Ahora bien, que algunas personas se vean en dificultades para acceder al transporte público por su peso o su altura sí es una desigualdad moralmente relevante, y el diseño institucional debe evitar que algunos se vean en desventaja por la mera posesión de estos rasgos. Un igualitario télico, en cambio, ve razones para lamentar el mismo hecho de la diferencia en contextura física entre las personas. Piénsese en el caso de la ceguera. Los anti-igualitarios afirman que el valor de la igualdad exige (o al menos autoriza) que se privara de la vista a los que pueden ver, de modo que todos resultaran igualmente ciegos. El propio Temkin afirma:

> "Un anti-igualitario podría incrédulamente preguntarme ¿*realmente* creo que hay algún aspecto en el que un mundo en el que algunos son ciegos es peor que uno en el que todos lo son? Sí. ¿Significa ésto que sería mejor si le quitásemos la vista a todos? No. La igualdad no es lo único que importa. Pero importa."

Temkin justifica su posición a través de estas preguntas:

> "¿No es injusto que algunos estén peor que otros sin que medie culpa de su parte? ¿No es injusto que algunos sean ciegos, mientras otros no? ¿No es mala la injusticia?"[12]

Un igualitario deóntico o instrumental respondería rápidamente: No, no es injusto que algunos sean ciegos y otros no. Es desafortunado que algunos sean ciegos, pero no injusto. No es la obra de nadie, ni el resultado de una política pública, de modo que no puede ser injusto. Podría haber algún aspecto en el que una sociedad donde todos son ciegos sea mejor que una en la que solo algunos fueran ciegos, si esta disparidad diera lugar a explotación, o humillaciones (si, por ejemplo, los videntes esclavizaran o martirizaran a los ciegos). Pero en ausencia de este tipo de efectos, una situación en la que todos fueran ciegos sería peor, *bajo cualquier aspecto*.

Para Temkin, la ONA presupone una idea equivocada que él llama El Eslogan, según la cual "Una situación no puede ser mejor (o peor) que otra bajo ningún aspecto si no es mejor (o peor) para nadie en particular".[13] Parfit, de manera similar, afirma que la ONA presupone una idea, la idea de la afectación personal [Person-Affecting Claim], que él no encuentra convincente. Ahora bien, como para Temkin hay varios casos que desmienten la plausibilidad del Eslogan, éste debe ser abandonado. Una vez que nos deshicimos del Eslogan, concluye Temkin, ya no quedan motivos para aceptar la ONA. Temkin se apoya, entre otros, en el caso de la justicia retributiva. Según él, la justicia exige que los genocidas terminen en una situación peor que la de los santos, aunque ese castigo no beneficie a nadie (porque, por ejemplo, nadie se entera de la imposición del castigo). En este caso, la situación en la que se hace justicia es mejor que la situación en que rige la impunidad, aunque no hay nadie para quien la situación justa es mejor. Temkin concluye, pues, que el Eslogan debe ser rechazado, y, con él, la ONA.

No comparto este punto de vista. Lo que Temkin llama el Eslogan no es a mi juicio, una ley de la física, tal que si, por ejemplo, uno encontrara un metal que no se expande al calor, entonces la ley según la cual los metales se expanden al calor perdería validez. El Eslogan es algo diferente, es un principio moral de índole general, que puede admitir excepciones, siempre que estén fundadas en razones suficientemente atractivas. En ausencia

[12] Temkin, "Equality…", p. 155.

[13] Temkin, "Equality…", p. 136.

de estas razones, opera el principio general. La idea de que está mal o es incorrecto perjudicar a alguien sin que medie beneficio alguno para nadie, es un principio general que, a menos que tengamos otras razones de peso suficiente, debe gobernar nuestras acciones, y las del estado. Puede haber razones de diferente tipo para que el principio ceda. Tal vez el castigo por las acciones incorrectas provea una razón plausible (digo "tal vez", porque hay gente razonable que cree, precisamente, que cuando el castigo no trae ningún efecto benigno, no está justificado). Pero aun si aceptamos la noción retribucionista que Temkin defiende, ella solamente proveería una excepción al principio general. Este caso nos brindaría una razón *impersonal* para dejar de lado el Eslogan, el cual, por definición asume una perspectiva personal del valor. Por cierto, podemos imaginar infinidad de casos en los que una situación es mejor que otra sin que sea mejor para nadie en particular, si creemos en la validez de valores impersonales. Podríamos pensar, por ejemplo, que un mundo igual que el actual pero sin los glaciares de la Patagonia (o sin los osos panda, o sin Las Meninas) sería un mundo peor, aun si nadie se enterara de su falta. Pero el punto que interesa para nuestra discusión es si la igualdad télica revista entre ese tipo de valores impersonales, tal que nos autorice a pensar que una situación de igualdad es mejor que otra sin que sea mejor para nadie. Lo que un defensor de la igualdad télica debe mostrar es que cuando se nivela para abajo se enaltece un valor o se alcanza un beneficio o mejora que debe balancearse contra el mal que se impone a los que sufren la nivelación. En otras palabras, que existan excepciones plausibles al principio general de que nada puede ser bueno si no es bueno para alguien, no implica que el principio sea inválido, ni que cualquier excepción sea admisible.

Pensemos en un caso paralelo, el principio moral que veda mentir. Este principio no es absoluto (salvo para Kant, claro). Podemos imaginar infinidad de excepciones al principio: mentiras piadosas, mentiras que evitan grandes daños, mentiras para engañar a una persona que busca a alguien para matar/violar/robar, etc, etc. Pero esto, con seguridad, no significa que el principio deba ser abandonado. Cada vez que pretendamos mentir con impunidad moral deberemos basarnos en alguna excepción plausible. Pero estaríamos haciendo trampa si, por ejemplo, mintiéramos en nuestra declaración de impuestos porque está justificado mentir para salvar a un inocente, o para confortar a un moribundo. Del mismo modo, el igualitario télico no puede aprovecharse sin más de la existencia de otras excepciones al principio subyacente al Eslogan.[14]

[14] Temkin concluye su análisis de la ONA afirmando que la igualdad conduce a veces a resultados indeseables. Pero como lo mismo sucede con otros valores, como la autonomía o la

Si solamente la variante teleológica del igualitarismo cae presa de la ONA, cabe que nos preguntemos qué es lo que puede aducirse en favor de esta postura. Por mi parte, creo que es una monstruosa criatura de laboratorio, sin ninguna conexión con el igualitarismo que conocemos. Para volver al ejemplo de Parfit, el igualitario télico lamenta la desigualdad entre el nivel de vida de los seres humanos en la edad de piedra y en el presente. Como resulta imposible mejorar el estándar de vida de los muertos, se sigue que para el igualitarista télico habría algo bueno en un eventual empobrecimiento radical de la generación actual, que nos llevara a vivir con las comodidades propias de la edad de piedra. Ni los movimientos en favor de la igualdad de género, ni las luchas en contra del racismo, ni los esfuerzos en contra de la pobreza global (por citar experiencias igualitarias del pasado y del presente) han reposado en la extraña idea de que la igualdad podía alcanzarse nivelando para abajo, es decir, negando el voto a los blancos *y* a los negros, o a los varones *y* a las mujeres, o empobreciendo drásticamente a toda la humanidad *por igual*. Por el contrario, un elemento definitorio del igualitarismo es su preocupación por el sufrimiento y la postergación que las desigualdades producen en sus víctimas. La razón decisiva en contra del igualitarismo télico es su absoluta indiferencia por la situación de los que están peor. Lo que motiva el rechazo por parte del genuino igualitarismo de las desigualdades en la distribución de cargas y beneficios sociales es que éstas son incompatibles con la igual dignidad de las personas, ya que equivalen a valorar más el éxito en la vida de unos que el de otros. Esta idea de igualdad nunca puede llevarse a cabo empeorando la suerte de algunos sin ningún beneficio para otros.

Se esgrime, en defensa del igualitarismo télico, que en los casos de nivelación hacia abajo hay un aspecto en que la situación es mejor, ya que hay igualdad. Pero este argumento no parece razonable. En el contexto de una deliberación honesta, no es más que una afirmación opaca, que no nos dice nada significativo. Si se refiere a que luego de la nivelación para abajo las personas relevantes tienen lo mismo, eso no es una contribución. Eso ya lo sabíamos. Si se nos quiere convencer de que eso es valioso, la simple repetición de que *eso* encarna el valor de la igualdad no puede satisfacernos.

Por último, resulta obvio que el igualitarismo télico resulta estructuralmente inaceptable para quienes rechazan la visión teleológica del valor, es decir para quienes se niegan a subordinar lo justo o correcto a lo que es

---

utilidad, esto solamente demuestra, según él, que la moral es pluralista. Ahora bien, si el hecho de que un estándar moral lleve a veces a resultados inaceptables no descalifica, por sí, a dicho estándar, ¿por qué cree Temkin que las excepciones al Eslogan sí lo descalifican?

bueno, según las palabras de Rawls.[15] (Como vimos, el igualitarismo télico no nos dice ni siquiera qué hay de bueno en la igualdad télica, como la que podría darse entre personas que viven en épocas o planetas distantes). Considerar a esta posición como el verdadero igualitarismo sería una arbitrariedad.

La ONA no es una objeción exitosa contra el igualitarismo. Solamente una versión académica del igualitarismo cae presa de esta objeción. Esta versión es absurda y no tiene correlato en ninguno de los discursos encarnados en las luchas pasadas y presentes por la igualdad. El igualitarismo no implica nivelar hacia abajo. Privar a algunos de ciertos beneficios sin razón alguna es incompatible con una sociedad de iguales.

4.3. Luchar por justicia y nivelar para abajo

¿Qué pudo provocar la confusión de creer que la igualdad implica nivelar para abajo? Tal vez el hecho de que muchas pugnas por la igualdad de derechos, como toda pugna, incluyan la amenaza de perjudicar a los poderosos aun cuando este perjuicio no beneficie a los peor situados. El éxito de muchas luchas por la justicia (pensemos en una huelga justificada) depende de efectuar amenazas creíbles, las que a su vez dependen de transmitir el mensaje de que los huelguistas y luchadores están preparados para finalizar en una posición peor (comparada con la que actualmente detentan) si no se accede a sus demandas, o el mensaje de que están dispuestos a causar un perjuicio a los patrones aun cuando no redunde en un beneficio para ellos. En ambos casos alguien terminaría peor sin que nadie termine mejor. Como en toda amenaza, por supuesto, el que amenaza prefiere no tener que cumplir con ella. Pero para eso debe lograr convencer al amenazado de que sí está dispuesto a hacerlo.

Por lo tanto, supónganse 3 escenarios:

1) Statu quo: Patrones 7, Obreros 2 (explotación y salarios miserables)
2) Lucha sin Acuerdo: Patrones 4, Obreros 1 (cierre del establecimiento)
3) Lucha y Victoria: Patrones 5, Obreros 3 (fin de la huelga, menores ganancias, mejores salarios)

Para ir de 1 a 3, los Obreros deben estar preparados para finalizar en el escenario 2, que es un escenario en el que todos están peor y nadie está mejor. Es más, ellos deben convencer a los Patrones de que prefieren 2 a 1. Es esto lo que hace creíble su amenaza, y muchas veces ésta es la situación que termina resultando. ¿No es esto nivelar para abajo? Tal vez este tipo de diná-

[15] John Rawls, *A Theory of Justice*, Harvard University Press, 1971, p. 24.

micas sociopolíticas lleven a los anti-igualitarios a sostener que la igualdad implica igualar para abajo, pero creo que estos son casos de igualación hacia abajo doblemente impuros. Por un lado, son impuros en cuanto los Obreros podrían afirmar que ellos en 2 están mejor, ya que es preferible estar desocupado que explotado. Pero por otro lado, y esto es lo importante, aun si ellos terminaran concluyentemente peor en 2 (de modo que los números del ejemplo tomaran en cuenta el valor en términos de dignidad de no recibir un salario infamante), esa no es la situación preferida por los Obreros. No es su primer opción. Ellos prefieren 3, que es una situación en la que no hay nivelación para abajo. Cuando la preferencia por 2 es vista como parte de una estrategia, la acusación de nivelar hacia abajo, parece infundada. A menudo, el resultado de las luchas por la igualdad, sobre todo en el plano económico, es que todos terminan peor. Pero en estos casos la nivelación para abajo no debe ser cargada a la cuenta del igualitarismo, sino de quienes resisten el avance de la igualdad.

5. Igualdad, Libertad y Derechos

La concepción igualitaria que estoy defendiendo, favorece la idea de la existencia de una fuerte compatibilidad entre los valores de la libertad y la igualdad. Ella niega la visión pluralista de que ambos valores no están, en el nivel más profundo, sujetos a acuerdo,[16] y que en algunas ocasiones debemos escoger entre la satisfacción de las demandas de uno de estos dos valores. En cualquier caso, aun si la tesis pluralista fuerte fuese correcta, podría no resultar aplicable a la relación entre la igualdad y la libertad. Una manera de presentar el caso pluralista a favor de la incompatibilidad entre esos dos ideales podría ser expandiendo la noción de uno de aquellos valores de forma tal que el conflicto sea inevitable desde el inicio. Berlin habla, por ejemplo, de la libertad del propietario de esclavos, y de la libertad del torturador.[17] Por supuesto, *cualquier* concepción política que admitiera el mínimo ingrediente de igualdad necesario para abolir la esclavitud o la tortura, destruiría la libertad en este sentido. Pero difícilmente se sigue de esto que lo que ha tenido lugar sea un conflicto de valores, por la simple razón de que estipular solamente que el poder del propietario de esclavos o el del torturador son libertades no es más que una decisión lingüística: podemos

[16] Isaiah Berlin, *Four Essays on Liberty*, Oxford University Press, edición de 1969, pp. xlix-lv, y pp. 167-172; "The Hedgehog and the Fox", en *Russian Thinkers*, Penguin Books, 1994, pp. 22-81. [Hay versión castellana, Isaiah Berlin, *Cuatro Ensayos sobre la Libertad*, Ed. Alianza, y *El Zorro y el Erizo*,...]

[17] Berlin, *Four Essays,*en pp. lvi-lvii. Me apresuro a aclarar que utilizaré el término "pluralismo" como se lo hace en la filosofía ética. Este concepto no debe confundirse con la noción de "pluralismo" como sinónimo de tolerancia o respeto a la diversidad de opiniones.

aceptar tal estipulación, pero entonces, debemos recordarle al pluralista que las libertades en que estamos interesados son las libertades *valiosas*.

Por lo tanto será más conveniente acudir a una noción moralizada de libertad. Siguiendo a Dworkin, en lugar de la idea de la libertad como un poder,[18] o como una licencia,[19] deberíamos tratar de poner a prueba la existencia del conflicto entendiendo a la libertad como un haz de derechos[20], más particularmente, como el haz de derechos civiles y políticos reconocidos y protegidos por las democracias constitucionales. Lo que perdemos en términos de rigor conceptual[21] lo ganamos en términos de relevancia práctica: la auténtica cuestión en la discusión acerca del conflicto entre la igualdad y la libertad consiste en la relación entre el igualitarismo y la democracia constitucional.

¿Significa seguir un programa igualitario tomar "el camino de la servidumbre"?[22] No, porque lo que motiva a los igualitarios es la esperanza de mejorar las relaciones sociales por la eliminación de situaciones opresivas o de explotación. En el corazón de este proyecto existe una poderosa creencia en la libertad. La visión se encuentra basada en el valor de la autonomía. Debido a que la autonomía tiene necesariamente un aspecto social, podemos decir que nosotros somos agentes más o menos autónomos únicamente haciendo referencia al modo con que estamos relacionados con otros. Una igual influencia o impacto en las condiciones y rasgos de las relaciones sociales es lo que hace posible la autonomía de cada una de las partes. Como podemos ver, esta lógica hace de la protección y mejora del espacio de libertad de elección individual la brújula del igualitarismo. De este modo, una sociedad ideal en términos de igualdad, sería una sociedad ideal en términos de libertad. Piénsese en una sociedad donde todos tengan un poder más o

---

[18] Hayek, *The Constitution of Liberty*, The University of Chicago Press, 1978 edition, pp. 11-30.

[Hay versión castellana, *Los Fundamentos de la Libertad*, Unión Editorial S.A., Madrid, varias ediciones]

[19] R. Dworkin, "What is Equality? Part III: The Place of Liberty", *Iowa Law Review*, 73/1:1-54.

[20] Dworkin, op. cit.

[21] Algunos de los problemas derivados del uso de este criterio pueden ser determinar cuáles son estos derechos (un problema conectado con el hecho de que existen significativas variaciones en la lista de derechos protegida por diferentes países), y el problema de los derechos no reconocidos (un libertario podría sostener que la igualdad trunca la obtención de derechos todavía no reconocidos, pero que deberían ser defendidos de todos modos).

[22] F. Hayek, *The Road to Serfdom*, The University of Chicago Press, 1994 edition. [NT: Hay versión en castellano de la edición original, F. A. von Hayek, *Camino de Servidumbre*, Traducido del inglés por J. Vergara Doncel; Editorial Revista de Derecho privado; Madrid, 1946]

menos igual para influir en las relaciones sociales. Esa sociedad también sería una comunidad ideal en términos de libertad.

En este punto podemos ver lo que resulta errado con el argumento hayekiano en contra del igualitarismo.[23] El estado igualitario, dice el argumento, devendría en un enorme aparato construido con el fin de planificar cada detalle de la vida de las personas. La mera existencia de un estado tal, constituiría un peligro para la libertad, porque sería posible usar su fuerza para oprimir los derechos de los individuos. El error de este argumento de "pendiente resbaladiza" es asumir que el igualitarismo requiere de la existencia de tal monstruo burocrático. De hecho, el tipo de estado que constituye la pesadilla de los libertarios sería lo opuesto del que el igualitario propone. Un estado omnipresente, que orienta sus políticas tratando de planificar y dirigir cada curso significativo de la vida social implicaría asignar una muy desigual cantidad de poder en las manos de algunos, en violación de la premisa igualitaria de la diseminación del poder. Entonces, la Unión Soviética no es un buen ejemplo de mal igualitarismo. Por el contrario, era una sociedad profundamente inigualitaria, donde una elite monopolizaba el poder del país. La caída del Muro de Berlín fue un triunfo de la igualdad tanto como de la libertad. Y la conexión entre el capitalismo sin trabas y los derechos civiles y políticos, por otro lado, no es una conexión necesaria. Como apunta Kymlicka, los países con un capitalismo esencialmente irrestricto han tenido algunas veces pobres historiales de respeto de los derechos humanos (e.g. el mccarthismo en los Estados Unidos), mientras que países con un extenso estado de bienestar han tenido en algunas ocasiones excelentes antecedentes en la defensa de los derechos civiles y políticos (e.g. Suecia).[24]

Y a la inversa, si tratamos de imaginarnos una sociedad ideal en términos de libertad, nos encontraríamos pensando en una sociedad verdaderamente igualitaria. (Esto podría explicar por qué los países de Europa del norte son admirados tanto por los adoradores de la libertad como por los de la igualdad). El punto de Hayek acerca de la conexión entre el igualitarismo y el totalitarismo no se proponía ser sólo filosófico, sino principalmente predictivo. Sesenta años más tarde, teniendo en cuenta que los estados de bienestar europeos se encuentran entre los estados más democráticos de la Tierra, parece razonable enterrar la predicción de Hayek en el mismo cementerio donde descansan algunas de las profecías de Marx. Pero también hay una lección que extraer de esta discusión para las fuerzas progresistas, porque la

---

[23] Como es expuesta en *Camino...* y *Los Fundamentos...*.

[24] W. Kymlicka, *Contemporary Political Philosophy*, 2da ed., Oxford University Press, 1999, p. 96. (Hay versión en castellano de la primera edición, *Filosofía Política Contemporánea*, traducción de Roberto Gargarella, Ed. Paidós).

reafirmación de los derechos civiles y políticos resulta parte de la ruta a una sociedad igualitaria tanto como lo es la redistribución de recursos, un punto a menudo descuidado por las fuerzas de izquierda.

Sin embargo, hay aspectos más complicados en la relación entre igualdad y libertad. Pienso que una fuente genuina de tensiones entre estos ideales está dada por el papel de los factores innatos (centralmente los talentos) en la organización económica. Las teorías igualitarias más conocidas rechazan el hecho de que las instituciones económicas premien a los más talentosos en atraer recursos en el mercado. La idea es que el componente innato de los talentos (hay una parte importante que se debe a la educación y el entrenamiento) es un factor fortuito que no resulta un antecedente moralmente válido de las mayores retribuciones que el mercado produce en favor de los talentosos.

Rawls, por ejemplo, hizo famosa la expresión "lotería natural" en referencia al carácter azaroso de la herencia genética. Sería injusto, según Rawls, que la estructura económica habilitara la existencia de desigualdades que premiaran a las personas más talentosas. Por esa razón, no es suficiente con la garantía de un sistema amplio de libertades (establecida por el primer principio de justicia), ni con una estructura que neutralice las desigualdades de cuna y de clase (como la exigida por el principio de igualdad democrática de oportunidades). La justicia exige también, entiende Rawls, contrapesar las diferencias en talentos naturales. El principio de diferencia, entonces, está dirigido a regular estas desigualdades remanentes.[25]

Esta idea del carácter fortuito de los talentos, y de la necesidad de contrabalancear los resultados de la "lotería natural", también juega un rol importante en otra prominente teoría igualitaria, la de Ronald Dworkin.[26] El objetivo del esquema institucional que propone este autor está enderezado a lograr un sistema económico que sea sensible a las decisiones de las personas, e insensible a las circunstancias azarosas, entre las que figuran los talentos innatos (Dworkin se ocupa de la incidencia de otros eventos fortuitos, como las discapacidades y enfermedades, pero podemos prescindir de esa parte del análisis a los efectos de este trabajo). El punto inicial de su teoría de igualdad de recursos es una subasta hipotética de todos los

---

[25] Rawls, TJR. Mi descripción supone que todos los principios de justicia rawlsianos son igualitarios. La idea de que el primer principio es un principio de libertad y el segundo, de igualdad, no es del todo adecuada, ya que todos los principios limitan y regulan desigualdades. Ellos se diferencian por el tipo de desigualdades a que se refieren. El primer principio establece una igualdad estricta, prohibiendo desigualdades de raza, opinión, credo, conciencia, etc. El principio de igualdad de oportunidades limita las desigualdades de clase social. El principio de diferencia, por último, regula las desigualdades producto de contingencias azarosas.

[26] SV.

recursos productivos, excluyendo los recursos internos (el propio cuerpo, las capacidades y talentos, etc). Posteriormente, y para diseñar una estructura que distinga entre las decisiones y el azar ["chance and choice"], Dworkin propone un esquema de seguro modelado a través de un ejercicio contrafáctico consistente en preguntarse qué protección en promedio contrataría una sociedad en la que sus miembros conocieran sus talentos pero ignoraran el retorno económico de esos talentos. Dworkin afirma que la decisión racional en esas circunstancias es la de comprar un seguro que proteja solamente contra la contingencia de no acceder a un salario modesto. De todas formas, esto resultaría en un seguro de desempleo más generoso que los conocidos en el mundo actual.

Ahora bien, tanto Rawls como Dworkin se niegan a defender una igualación absoluta de los ingresos de las personas. Rawls legitima las diferencias en ingresos en la medida que ellas favorezcan a los peor situados. La idea es que si a los más talentosos no se les permitiera recibir mayores ingresos, eso podría desalentarlos a realizar contribuciones productivas, con lo que todos terminarían peor.[27] Dworkin, si bien reconoce que su seguro permitiría notables diferencias de ingresos y posición económica, entiende que las únicas alternativas que imagina son inaceptables. La primer alternativa que Dworkin descarta rápidamente es la de incluir los talentos en la subasta inicial. Si la gente pudiera comprar los talentos ajenos, y a su vez, tuviera que pujar por retener la propiedad de los talentos propios, ello conduciría, según Dworkin a la esclavitud de los talentosos. Por ejemplo, alguien con un enorme talento para la actuación cinematográfica, pero que detesta el mundo del espectáculo, podría verse imposibilitado con sus recursos iniciales para adquirir su propio talento (al menos en su totalidad) y se vería obligado a trabajar como actor de cine para que los terceros dueños de su talento puedan recuperar su inversión. Una segunda alternativa que Dworkin rechaza es la de suponer que en el sistema de seguro que él imagina, las personas elegirían una cobertura máxima, es decir, se asegurarían contra la contingencia de no percibir los ingresos más altos de la pirámide económica. La razón por la que Dworkin rechaza esta salida es, nuevamente, la esclavitud de los talentosos. El personaje del ejemplo anterior se vería obligado, ahora a través de su propia irracionalidad, a trabajar a tiempo completo en una ocupación que le repugna para poder pagar el costoso seguro que ha comprado. Su talento se habría vuelto en su contra.[28]

En el caso de Rawls, la oposición a una igualdad extrema de ingresos está respaldada por una noción de eficiencia: si insistiéramos en el reclamo

[27] TJR.

[28] SV.

de mayor igualdad económica, perjudicaríamos a todos, incluyendo obviamente a los más desaventajados. El argumento de Dworkin, en cambio, está basado en la libertad, ya que la alternativa a la igualdad moderada a que conduce su teoría es, según él, la esclavitud de los talentosos. Esta es, después de todo, una expresión más o menos sofisticada del viejo temor de que el igualitarismo lleve a una planificación y control minuciosos de la economía, incluyendo decisiones centralizadas acerca de la ocupación y la remuneración de todos los agentes económicos, ahogando la libertad de las personas de regir autónomamente el aspecto material de sus planes de vida.

Tal vez la salida a este problema sea replantear el rol de los talentos y capacidades en una teoría igualitaria. El hecho de que los talentos sean en gran medida producto del azar puede ser esgrimido contra la pretensión de que la estructura económica premie diferencialmente a los talentosos como un requerimiento de justicia. Pero que los talentosos no dispongan de un título moral a mayores riquezas no implica que deba seguirse una política de completa neutralización (o insensibilidad) a los talentos. Puede haber otras razones que militen en contra de ese curso de acción. Según creo, esta es una forma de entender la sugerencia hecha por Scheffler, según la cual el argumento de la "lotería natural" juega un rol meramente negativo en la obra de Rawls.[29] De esta manera, el hecho de que el talento genere ventajas económicas podría ser tolerado, dentro de ciertos límites, particularmente que no se generen discrepancias de riquezas tan fuertes que vulneren la dignidad de las personas, o que impliquen una perpetuación de posiciones privilegiadas, o el surgimiento de castas, o distorsiones en el proceso democrático, la diversidad cultural, etc. Desde esta perspectiva, nuestro estatus como iguales no se ve afectado por el mero hecho de que otros sean más exitosos en atraer recursos, sino por el socavamiento de la autonomía que las desigualdades materiales tienden a producir cuando quedan fuera de control. El argumento de la lotería natural sirve para legitimar este control, y para contrarrestar la afirmación de que la justicia exige premiar a los talentosos con tanta riqueza como el mercado les permita acumular. Pero el argumento no obliga per se a eliminar toda diferencia en los ingresos.

Creo que hay dos visiones igualmente erróneas y relacionadas respecto de la libertad que pueden favorecer la creencia en el conflicto con la igualdad. La primera idea es la de considerar a la libertad como un valor agregativo, en vez de uno esencialmente distributivo e individualizable.[30] Esta idea permitiría evaluar el grado de libertad de una sociedad con pres-

[29] Scheffler, "What is Egalitarianism?".

[30] La visión de Carlos Nino, en *Etica y Derechos Humanos* (Paidós, 1984) según la cual la autonomía es un valor agregativo, merece también esta crítica.

cindencia de su distribución. Así, sería en principio posible afirmar que en el Chile de Pinochet había más libertad que en el Chile de hoy, si fuera cierto (lo cual no es del todo implausible) que Pinochet y su gobierno disfrutaban de mayor capacidad de acción que el conjunto de la sociedad chilena actual. Esto es absurdo. Por supuesto, nunca podría afirmarse esta idea si se entendiera la libertad como propongo (como la vigencia de los derechos democrático-constitucionales). Pero aun si se basara en la idea más abstracta de autonomía, resultaría un uso demasiado elástico de dicha noción aplicarla a la situación en que una persona o sub-grupo social acumula mayor poder que el que, en otra situación, disfruta el conjunto de la sociedad de manera menos concentrada. La primer situación no es un caso de autonomía, sino de heteronomía extrema.

La segunda idea errónea es la que juzga los avances o retrocesos en términos de libertad enfocándose en la capacidad de acción de algunos miembros de la sociedad, y no de todos. Aquí, el error no consiste en concebir a la libertad agregativamente, ya que la postura toma como criterio el poder de ciertos individuos. El problema, antes bien, es uno de falta de imparcialidad. Así, se acusa a las políticas igualitarias de afectar la libertad, porque su vigencia disminuiría el menú de opciones de los mejor situados. La igualdad sería, en esta línea de pensamiento, demasiado "demandante".[31] Por supuesto, esta posición ignora que el status quo resulta a veces demasiado demandante respecto de los peor situados, a quienes se les requiere, irrazonablemente, que presten obediencia a un orden jurídico-político que les niega a ellos el acceso a las libertades que otros tienen garantizado.

Podría objetárseme que al entender la libertad como el conjunto de derechos constitucionales modernos, estoy inclinando la balanza hacia el lado de la igualdad, ya que los derechos democráticos son igualitarios por definición, porque se reconocen respecto de todos por igual, y derivan del reconocimiento de la igualdad moral básica de las personas. Eso es cierto, pero no veo que exista una alternativa mejor: la idea de la libertad como margen de acción, como un estándar agregativo, o como el conjunto de opciones de los más aventajados, ciertamente, no parecen ser versiones más aceptables. La primera versión (según la cual deberíamos hablar de la "libertad" de torturar) no alcanza siquiera a denotar un valor; la segunda (que nos llevaría a elogiar la libertad de Chile bajo Pinochet) o bien colapsa en la primera, o bien es incompatible con una reconstrucción razonable de la noción de autonomía, que es la base sobre la que suele fundamentarse. Por

[31] La preocupación acerca del carácter demandante de la justicia (en su versión utilitarista, igualitaria, o en otras) no se limita al terreno de la libertad.

último, la tercera versión, ni siquiera supera el filtro de la mínima imparcialidad requerida por la deliberación moral y política.

Tal parece, pues, que la persistencia en la cultura moderna de la idea de un conflicto irresoluble entre la igualdad y la libertad es un residuo filosófico de la guerra fría.

6. Igualdad y Envidia

"La envidia era una vez considerada uno de los siete pecados capitales, antes de que se convirtiera en una de las más admiradas virtudes, bajo su nuevo nombre, 'justicia social.'"[32]

Enfoquémonos ahora en el tercer nivel de la moralidad: las virtudes. No sólo se dice de la igualdad que trunca el progreso económico, perjudicando a algunos sin beneficiar a nadie, y que es incompatible con la libertad o viola derechos. Además, se la suele considerar un falso ideal que emana de uno de los peores vicios: la envidia. La creencia en la igualdad encubriría, o racionalizaría, para estos críticos, la envidia de quienes sienten que fracasaron en la vida hacia los miembros exitosos de la sociedad. Esta es la objeción más importante que vincula la igualdad con la envidia. Otras objeciones al igualitarismo que están centradas en el concepto de envidia, dicen que los igualitarios tienen la utópica esperanza de eliminar la envidia de la lista de disposiciones humanas, ignorando de este modo que ciertos trazos de la naturaleza humana y social no resultan modificables. Finalmente, algunos autores conservadores sugieren que las instituciones y políticas igualitarias, aparte de ser el resultado de impulsos envidiosos, refuerzan el nivel de envidia social existente.

6.1. ¿Está el igualitarismo basado en la envidia?

Una distinción puede ayudar a entender mejor este problema. Al menos dos preferencias diferentes pueden ser consideradas como preferencias envidiosas:

I. A envidia a B si quiere algo que B tiene.

II. A envidia a B si quiere que B cese de tener algo, sin necesariamente desearlo para sí.

En el caso I, A quiere mejorar su posición. El empeoramiento en la situación de B (que resultaría si la única forma de que A obtuviera el estatus de B fuera a través de una redistribución de B a A) es querido solo como medio para lograr ese fin. En el caso II, A solamente quiere que B no esté

---

[32] Thomas Sowell, *The Quest for Cosmic Justice,* (The Free Press: New York, 1999), p. 77.

mejor que él. Su objetivo es que B resulte nivelado hacia abajo (hacia la situación de A).

El primer tipo de preferencia no es puramente externa, ya que no se refiere exclusivamente a otros. La segunda es puramente externa, ya que tiene como objeto el bienestar o los recursos de un tercero. A los efectos de nuestra discusión, es conveniente dejar de lado el primer tipo de envidia, por su carácter inofensivo. Una importante característica de la envidia en el sentido en el que figura en la objeción que estoy analizando es que ella es una disposición cuestionable. La preferencia I no tiene nada de impugnable. Dentro de esta categoría entra el uso de la palabra envidia como un mero recurso técnico, sin connotaciones morales. En este sentido, decimos que A envidia a B si preferiría tener la canasta de bienes de B, a su propia canasta. Creo que esta envidia técnica no les provee ningún argumento a los anti-igualitarios. Supóngase que A desea tener cierto activo poseído por B. Tal preferencia desnuda no es envidiosa, en el sentido "duro" de envidia. De hecho, este tipo de preferencia es lo que hace posible buena parte de las instituciones sociales. Después de todo, la propia práctica del comercio está basada en la existencia y satisfacción de este tipo de deseos. A quiere las manzanas de B, B quiere tener las peras de A, y, estas preferencias posibilitan un intercambio que hace que los dos se hallen mejor. Cuando los economistas hablan de la envidia como el mero deseo de los bienes o canasta de bienes de otros, se están refiriendo a este fenómeno, moralmente inocuo.

Así, por ejemplo, el término "envidia" es usado como una prueba de la aceptabilidad de la distribución inicial de recursos en la teoría de Dworkin.[33] El criterio de diversidad no-dominada propuesto por Philippe Van Parijs (inspirado en la teoría de Bruce Ackerman) como un modo de neutralizar las diferencias de cualidades internas es definido por este autor como "potencialmente libre-de-envidia".[34] John Roemer describe como "equitativa" una asignación de bienes "sí, y sólo sí, ningún individuo 'envidia' a otro", un criterio compartido por muchos economistas desde 1950.[35]

Cuando Elizabeth Anderson inicia su vigoroso ataque al "igualitarismo de la suerte" expone un listado de algunas de las afirmaciones supuestamente contraintuitivas de los autores de esta escuela, y entre ellas, considera que este uso de la noción de envidia "alimenta la sospecha de que el motivo

---

[33] Ronald Dworkin, "What is Equality? Part 2: Equality of Resources", *Philosophy and Public Affairs 10, N. 4,* 1981, P. 285.

[34] Philippe Van Parijs, *Real Freedom for All,* (Oxford University Press, 1995), p. 87. [NT: Hay versión en castellano, *Libertad Real para Todos*, Ed. Paidós]

[35] El criterio y sus antecedentes históricos son explicados en John E. Roemer, *Theories of Distributive Justice,* (Harvard University Press, 1996), pp. 317-322.

detrás de las políticas igualitarias es la mera envidia."[36] Pero existe una diferencia importante entre "alimentar una sospecha" y cometer un error de importancia filosófica. El uso del término "envidia" puede ser criticado a causa de la resonancia normativamente negativa de tal término. Esta es, en mi opinión, una objeción plausible, pero difícilmente constituye una objeción sustantiva, una vez que se aclara el sentido inofensivo en el que la idea de envidia está siendo usada. El meramente querer tener alguna cosa de otros no equivale a ser envidioso en el sentido de manifestar una disposición moralmente objetable. Por lo tanto, para que la objeción de que la igualdad expresa envidia sea relevante, debemos entender a la envidia en un sentido moralmente significativo. Si no, la objeción no sería tal, es decir, no consistiría en enrostrar un defecto o falla moral.

De todas formas, si se entendiera que la envidia que se enrostra al igualitarismo es la descripta en la versión I la objeción sería fácilmente contestable. Supóngase que el igualitario es acusado de envidioso en el sentido de legitimar el deseo de los peor situados de los bienes o ventajas ajenas. La respuesta a esta acusación es que el igualitarismo no acepta que dichos bienes o ventajas sean, en verdad, "ajenos". Del mismo modo en que el deseo de que algo robado nos sea devuelto no implica que envidiemos al ladrón, la afirmación de que los recursos sociales deben ser redistribuidos no implica cobijar (ni precisa estar respaldado por) un sentimiento de envidia hacia los más aventajados. La envidia en el primer sentido que describí es el deseo de algo ajeno *sin otra razón o motivo*. Cuando existe un motivo o razón legítima para desear lo que otros poseen, la envidia se torna irrelevante. El anti-igualitarismo presupone lo que quiere demostrar al acusar a la igualdad de ser un ideal basado en la envidia. Lo que presupone es que la igualdad no provee ninguna razón legítima para la redistribución. Al no haber ninguna razón que la respalde, el anti-igualitario recurre a la noción de envidia, como un modo de denunciar la falta de legitimidad del igualitarismo. Pero, al igual que la persona que exige la devolución de lo robado, quien demanda igualdad en la distribución de recursos y oportunidades está reclamando algo que considera propio, no ajeno y tiene a su disposición razones suficientes para sustentar su reclamo: un esquema institucional que ampara fuertes disparidades materiales implica un mensaje descalificador respecto de los más desafortunados, a quienes el estado dispensa menos respeto que a los más aventajados.

He dicho que debemos entender a la envidia en la versión II (A envidia a B si quiere que B cese de tener algo, sin necesariamente desearlo para sí).

---

[36] Elizabeth S. Anderson, "What is the Point of Equality?", *Ethics* 109, (January 1999), 287-337, p. 287.

Ahora bien, ¿qué hay de malo en la envidia en esta segunda versión? Algunos consideran a la envidia como una disposición humana inevitable. Si esto fuera cierto, luego, ese hecho podría dejar muy poco espacio para la evaluación moral de una persona envidiosa. Pero todavía podría ser posible decir *algo* desde la perspectiva moral. Sería como la evaluación moral de una supuesta disposición al racismo. Aun si fuera verdad que los humanos tienen una propensión natural a evitar a las personas de otros orígenes étnicos, esto no precluiría la condena moral del racismo. La erradicación del racismo resultaría más dificultosa, pero no menos urgente. Si confiamos, contra Hume, en que la razón puede controlar (al menos en parte) a las pasiones, luego no veo un problema en depender de una concepción más o menos moralizada de la envidia, una concepción que incorpore elementos normativos. Esta no es la ruta favorecida por Rawls, quien explícitamente rechaza considerar la envidia como un sentimiento moral, porque, según él, "no es necesario citar ningún principio moral en su explicación"[37]. Por mi parte, pienso que la envidia puede ser objetada en base a, al menos, dos consideraciones. En primer lugar, una persona envidiosa puede ser vista como estando en falta en relación con la responsabilidad indelegable sobre su propia vida. Una persona envidiosa no está prestando atención a lo que constituye su particular desafío, a saber, conducir su propia vida. En cambio, dedica una atención desmesurada a la situación de otras personas. La sociabilidad es un hecho de la naturaleza humana, y ello implica que vivimos haciendo comparaciones sobre cómo otros resuelven problemas similares a aquellos que nosotros enfrentamos, que tratamos de tomar ventaja de la experiencia de personas que conocemos, etc. Una persona sociable, no-envidiosa vive con un ojo puesto en las vidas de otros, pero la persona envidiosa viven con los *dos* ojos puestos sobre las vidas de otras personas.[38] Esta concepción de la envidia no la considera como una característica dada, no modificable de la naturaleza humana, sino como una falta ética, a saber, una fracaso en hacer frente a la especial responsabilidad sobre nuestro propio destino, una propensión que resta valor a nuestras vidas.

---

[37] J. Rawls, *A Theory of Justice*, p. 533. [J. Rawls, *Teoría de la Justicia*, Ed. F.C.E., página 481]

[38] Frankfurt, en *The Importance of What We Care About*., Cambridge University Press, 1988, p. 136, habla en estos términos cuando descalifica al igualitarismo económico: "Un interés por la igualdad económica, construida como deseable en sí misma, tiende a a desviar la atención de las personas del esfuerzo por descubir –dentro de su experiencia de sí mismo y de su vida– lo que a él mismo realmente le importa y lo que verdaderamente lo satisfase, aunque esta es la más básica y la más decisiva tarea, de la cual depende una selección inteligente de objetivos económicos. **Exagerar la importancia moral de la igualdad económica es dañoso, en otras palabras, porque es alienante**." (Énfasis añadido).

En segundo lugar podemos aplicar a la envidia las mismas impugnaciones que fueron dirigidas a la nivelación hacia abajo, ya que ese es, precisamente, el contenido de la preferencia envidiosa. Si la primer objeción es interna, y se mueve en la dimensión de las virtudes, esta segunda crítica sobrepasa esa dimensión, ya que cuestiona a la envidia como un antecedente espurio respecto de la organización institucional y las políticas públicas. La preferencia de que nadie tenga nada que no tengan los demás queda descalificada por implicar una preferencia a favor de la nivelación hacia abajo, es decir, un deseo de empeorar la situación de algunos sin razón ni beneficio alguno.

Parentéticamente, quisiera señalar que mientras muchos autores antiigualitarios se ocupan negativamente de la envidia, parecen aceptar su exacto reverso,[39] el deseo de ser envidiado por otros. Este deseo es uno muy común, y publicitarios y expertos en marketing usualmente toman ventaja de la existencia de esta propensión. La envidia sería un mal sentimiento, propio de los igualitarios, en tanto que el deseo de ser envidiado sería un sentimiento positivo, un motor del progreso económico. Considérense las siguientes palabras de Schoek: "Sólo cuando un hombre comprende la futilidad de dar vueltas en comparaciones envidiosas entre su propia suerte y la de otros, cuando una persona comprende que la tormenta de la envidia es ineludible porque nunca carece de estímulo, y, aparte de esta comprensión, es capaz de modificar este sentimiento de envidia en un impulso agonístico, esforzándose para 'superar' los logros de otros, alcanza, por su intención aunque motivado por la envidia, un fundamentalmente nuevo plano de aumento–de-valor: la conducta competitiva."[40] En esta visión asimétrica habría, pues, una envidia mala, la de los igualitarios, y un impulso a provocar la envidia ajena que sería bueno. A este impulso positivo se lo llama competitividad. Esta asimetría es inconsistente. Esta preferencia de ser envidiado por otros resulta moralmente objetable por dos cuestiones. Primero, simplemente porque tiene como objetivo provocar (y entonces es moralmente parasitaria de) un sentimiento vicioso: la envidia. Segundo, y mucho más importante, porque comparte con la actitud de la envidia el mismo desprecio hacia el principio de la especial responsabilidad sobre la propia vida. La persona que construye su vida pensando primariamente acerca de la envidia que sus logros suscitarán en otras, se halla, en el mismo grado que la persona envi-

---

[39] J. Rawls, op. cit., p. 533, también se refiere a un sentimiento reprobable y relacionado a la envidia, "grudgingness", que consiste en desear que quienes están en una posición inferior, no alcancen nuestra posición.

[40] Schoeck, H., op. cit., p. 416-417. [Hay versión castellana, Helmutt Schoeck, *La Envidia y la Sociedad*, Unión Editorial S.A., Madrid]

diosa, fracasando en situar su vida en el centro de su atención, y tomando a los demás como medios y no como fines en sí mismos. El punto es que *cualquier consideración aceptable de la envidia debe incluir una condena simétrica de su reverso*. El deseo de ser objeto de la envidia de otros se halla, con la actitud de la envidia, en la misma barca moral.

6.2. ¿Causa envidia la igualdad?

Existe un segundo nivel en el que se suele vincular al igualitarismo con la envidia. Esta objeción consiste en afirmar que las instituciones propias de un sistema igualitario incrementarían la envidia. Esta idea fue expuesta, por ejemplo, por Nozick,[41] quien conecta la envidia con la autoestima. Las personas, según Nozick, evalúan sus logros en ciertas esferas de la vida comparando sus logros con los logros ajenos. Cuando su puntaje baja en varias (para ellos) esferas significativas, eso afecta su autoestima y se vuelven envidiosas. El problema con el igualitarismo, dice Nozick, es que tiende a "reducir...el número de dimensiones diferenciadoras". En consecuencia, sería más difícil para cada individuo usar una "estrategia de sopesamiento no uniforme que dé mayor peso a la dimensión en la cual su calificación es más alta." Por el contrario, Rawls adopta una visión optimista de la influencia de las instituciones igualitarias en el problema de la envidia.[42] Las razones que suministra son las siguientes. Primero, la confianza en las instituciones igualitarias limitaría las disparidades de bienestar. Segundo, contrariamente a Nozick, él cree que el tipo de sociedad igualitaria que está defendiendo impulsaría el florecimiento de muchas asociaciones, que dividiría a la sociedad en "muchos grupos no comparables". Esto, a su turno, tiende a "reducir la visibilidad", "de las variaciones en las perspectivas de los hombres".

Resulta interesante que ambos autores parten de una caracterización completamente diferente de la sociedad igualitaria en cuanto a la diversidad de modos de vida. Nozick afirma que el igualitarismo disminuiría el número de dimensiones a lo largo de las cuales las personas podrían compararse con otras. Rawls sostiene que, bajo un orden igualitario, numerosas asociaciones florecerían, y de acuerdo a ello, sería más complicado para las personas efectuar comparaciones envidiosas. A mi juicio, el problema con el argumento de Nozick es que se encuentra basado sobre una descripción distorsionada del igualitarismo. El igualitarismo no tiene como propósito crear una sociedad donde todos usen la misma ropa, coman la misma comida, lean los mismos libros, y así sucesivamente. El igualitarismo no condena la diversidad, sino que trata de suministrarle fundamentos más sólidos, dando

[41] Op. cit., p. 245.

[42] TJR, pp. 468-74.

a todos y cada uno iguales oportunidades y recursos para disfrutar de esa posibilidad de vivir vidas diversas.

7. Conclusión

El ideal de la igualdad es atacado por favorecer el empeoramiento en la situación de algunas personas sin que nadie más se beneficie, por conculcar derechos y libertades, y por estar basado en (y reforzar) sentimientos envidiosos. Algunos de estos ataques han ganado credibilidad debido a la desafortunada estrategia seguida por muchos igualitarios frente a estas objeciones. La estrategia ha sido la de aceptar que el igualitarismo propende a nivelar para abajo (lo que implica tácitamente aceptar la asimilación de igualdad y envidia) o a conflictuar con la libertad. En estas líneas he intentado una respuesta diferente, basada en una interpretación del valor de la igualdad según la cual éste es un ideal que no requiere sino que rechaza nivelar para abajo, que no resulta en la vulneración de los derechos sino que provee su fundamento más sólido, y que no está respaldado por sentimientos de envidia. Si no estoy equivocado, pues, buena parte del discurso en contra de la igualdad, y de los temores que genera, están basados en una visión deformada de este valor, y no en interpretaciones mínimamente plausibles.

Mi enfoque presupone una actitud monista, y debo decir algo en defensa de esta actitud, según la cual la igualdad es la igualdad de las personas libres, del mismo modo que la libertad que cuenta es la igual libertad. No me atrevo a negar que la visión pluralista pueda ser, en última instancia, verdadera. Lo que parece objetable, empero, es la ferviente convicción en que los valores fundamentales están en conflicto, en lugar de simplemente aseverar la posibilidad de ese choque. Los pluralistas acusan a aquellos que niegan la existencia de disonancia entre valores de ser dogmáticos, pero la acusación puede ser redirigida contra los pluralistas. ¿Cómo podemos justificar la convicción "a priori" de que los valores están en conflicto?

Es importante tener en mente que en el terreno de la filosofía política, la fuerza del desafío que plantea el pluralismo no radica en la idea de conflicto, sino en la idea de que esos conflictos son inerradicables. La amenaza es la idea de la imposibilidad de acomodar de un modo razonable los ideales en aparente conflicto, no la mera idea del conflicto.[43] El problema, para las democracias modernas, no es la afirmación de que hay ideales valiosos en tensión, sino la afirmación de que no hay modos aceptables de canalizar esas tensiones. El desafío es responder a la idea de que hagamos lo que hagamos

[43] Cfr., la contribución de Thomas Nagel en el libro *The Legacy of Isaiah Berlin*, Editado por Mark Lilla y Ronald Dworkin (New York Review of Books, 2002).

estamos perdidos, porque todas las alternativas implican violencia, arbitrariedad, o la victimización injusta de algunos.

A veces se presenta al pluralismo como una visión austera y no pretenciosa en relación al poder de la razón. La idea es que sería muy ambicioso afirmar que es posible alcanzar una armonía entre los valores, sin ningún sacrificio ni residuo moral. El monismo sería, a los ojos de esta crítica, una postura infantil e irrealista, que desconoce el aspecto trágico de la vida, y que solamente puede basarse en una concepción todopoderosa de la razón. Mi perspectiva es que en el estado aún subdesarrollado en que se encuentra la discusión de los problemas morales, resulta tan pretencioso afirmar la armonía, como afimar lo contrario, es decir la existencia del conflicto irremediable de los valores. Afirmar a priori que no hay, ni habrá jamás, un modo de compatibilizar valores aparentemente en pugna también aparece como un ejercicio soberbio (y por tanto, paradójicamente, irracional) de la razón, y una convicción al menos prematura, con el agravante de que ocupa un rol obturador de la deliberación, al descalificar de entrada todo intento de lograr una convivencia aceptable entre distintos ideales.

¿Quién le teme a la igualdad? Quienes la confunden con la caricatura construida por sus adversarios.

LOS DERECHOS FUNDAMENTALES COMO MANDATOS DE OPTIMIZACIÓN[1]

Gloria Patricia Lopera Mesa
Universidad Eafit, Medellín (Colombia)

RESUMEN. En este trabajo se pretende examinar el significado y algunas de las implicaciones que se siguen de entender los derechos fundamentales como mandatos de optimización en el sentido propuesto por Alexy. Para ello se examina, en primer lugar, la caracterización de los principios como mandatos de optimización desarrollada por este autor para, a continuación, analizar algunas de de las objeciones formuladas contra este planteamiento. Finalmente se presentan las razones que permiten sostener que el concepto de mandato de optimización en la teoría de Alexy cobra sentido si se entiende como una convención interpretativa aplicable en los llamados "casos difíciles", más que como una propiedad derivada ya sea de la estructura abierta de las normas o del carácter gradual de su aplicación".

ABSTRACT. In this paper the aim is to examine the meaning and some of the implications which result from understanding fundamental rights as optimization commands in the sense put forward by Alexy. In order to do so, we first examine the characterization of principles as optimization commands developed by this author to then go on to analyse some of the objections raised against this approach. Finally, we present the reasons which allow one to hold that the concept of optimization command in Alexy´s theory makes sense if it is understood as an interpretative convention, applicable in ¨hard cases¨, more than as a characteristic, derived either from the open structure of the norms or from the gradual nature of its application.

[1] Este trabajo forma parte de una investigación más amplia sobre el tema "Principio de proporcionalidad y ley penal. Bases para un modelo de control de constitucionalidad de las leyes penales", realizada bajo el auspicio de la Agencia Española de Cooperación Internacional y de la Universidad Eafit, presentada como tesis doctoral en la Facultad de Ciencias Jurídicas y Sociales de Toledo, Universidad de Castilla-La Mancha, en mayo de 2005. Una versión preliminar del mismo fue presentada en el seminario "La aplicación del derecho en los sistemas jurídicos constitucionalizados" realizado en la Universidad Eafit los días 3 a 5 de septiembre de 2003 y cuyas ponencias fueron publicadas en el número 16 de la serie Cuadernos de Investigación, Universidad Eafit, Medellín, 2004. Una versión posterior fue revisada y discutida con los profesores Ángeles Ródenas y Luis Prieto, a quienes agradezco sus valiosas observaciones.

1. Introducción

La máxima o principio de proporcionalidad bien puede definirse como un particular desarrollo de la teoría de la argumentación destinado a orientar la aplicación de normas con estructura de principios. Ella ocupa un lugar primordial en una teoría de los derechos fundamentales, concebidos como principios, que en la actualidad goza de importante aceptación en la doctrina y en la práctica de los tribunales constitucionales[2]. Sin duda el autor que ha prestado un mayor impulso a su desarrollo es Robert Alexy quien, en un escrito publicado a finales de los ochenta, ponía de relieve la necesidad de complementar la teoría de los principios con una teoría de la argumentación jurídica de mayor alcance[3]. Parte de su obra posterior, dedicada a ofrecer un esquema de argumentación racional de aplicación de los principios basado en la máxima de proporcionalidad, constituye un importante esfuerzo teórico dirigido a colmar ese vacío.

En este trabajo pretendo examinar más de cerca la relación entre teoría de los principios y máxima de proporcionalidad a partir del análisis del concepto de mandato de optimización. El examen de dicha relación es necesario para contribuir a dilucidar una cuestión que posee no sólo importancia teórica sino también relevancia práctica: determinar si la estructura argumentativa en que consiste la máxima de proporcionalidad puede o no ser utilizada por los tribunales para controlar, y justificar, las intervenciones en derechos fundamentales que llevan a cabo los poderes públicos. Este problema surge cuando se consideran dos tesis parcialmente contrapuestas que han sido formuladas en la teoría del derecho: por un lado, la que afirma la existencia de una relación necesaria entre la aplicación de la máxima de

---

[2] Desarrollada principalmente por Robert Alexy, *Teoría de los Derechos Fundamentales* (1986), trad. E. Garzón Valdés, Madrid, Centro de Estudios Políticos y Constitucionales, 2001 (2ª. reimp.); Martin Borowski, *Grundrechte als Prinzipien,* Baden-Baden, Nomos, 1998; del mismo autor, "La restricción de los derechos fundamentales", trad. R. Arango, *Revista Española de Derecho Constitucional,* 59, 2000, págs. 29-56; *La estructura de los Derechos Fundamentales,* trad. C. Bernal, Santafé de Bogotá, Universidad Externado de Colombia, 2003. En la doctrina española tal concepción es asumida por autores como Luis Prieto, *Estudios sobre Derechos Fundamentales,* Madrid, Debate, 1990; "La limitación de los Derechos Fundamentales y la norma de clausura del sistema de libertades", *Derechos y Libertades,* 8, 2000, págs. 429-468; "El constitucionalismo de los derechos", *Revista Española de Derecho Constitucional,* 71, 2004, págs. 47-72; Manuel Medina Guerrero, *La vinculación negativa del legislador a los Derechos Fundamentales*, Madrid, McGraw-Hill, 1996. Para un amplio estudio sobre el tema remito al reciente trabajo de Carlos Bernal Pulido, *Principio de proporcionalidad y derechos fundamentales,* Madrid, Centro de Estudios Políticos y Constitucionales, 2003.

[3] Vid. Robert Alexy, "Sistemas jurídicos, principios jurídicos y razón práctica", trad. M. Atienza, *Doxa,* 5, 1988, págs. 139-151, aquí págs. 147 y s.

proporcionalidad y la consideración de (todos) los principios como mandatos de optimización; por otro lado, la que niega que los derechos fundamentales puedan ser concebidos como mandatos de optimización. De admitirse esta última tesis sería forzoso concluir que la máxima de proporcionalidad no podría ser utilizada para resolver conflictos jurídicos en los que se vean involucrados derechos fundamentales, entre ellos, por ejemplo, los que se originan en el control de constitucionalidad de las leyes penales (admitido que estas representan una forma de intervención en tales derechos).

Para responder a esta cuestión avanzaré conforme al siguiente itinerario: como punto de partida, expondré la tesis de la vinculación necesaria entre principios y máxima de proporcionalidad tal y como ha sido formulada por Alexy. Posteriormente examinaré la caracterización de los principios como mandatos de optimización desarrollada por este autor para, a continuación, analizar algunas de las objeciones formuladas contra la idea alexiana de mandato de optimización y la réplica del profesor de Kiel a cada una de ellas. Seguidamente presentaré las razones que permiten sostener que el concepto de mandato de optimización en la teoría de Alexy cobra sentido si se entiende como una convención interpretativa, más que como una propiedad derivada ya sea de la estructura abierta de las normas o de que las mismas sean susceptibles de cumplimiento gradual o aproximativo, pues también normas que imponen una conducta que sólo puede ser realizada o no pueden ser concebidas como mandatos de optimización. Finalmente, pondré de relieve la contradicción que emerge entre dos criterios de precedencia *prima facie* presentes en el planteamiento de Alexy: por un lado el que otorga prioridad a los derechos individuales sobre los bienes colectivos y, por otro, el que establece el carácter *prima facie* más fuerte de las determinaciones legislativas que asumen la forma de reglas respecto a los principios, para luego concluir con algunas tesis con las que pretendo dar respuesta al interrogante que motiva este trabajo.

2. La tesis de la vinculación conceptual necesaria entre principios y máxima de proporcionalidad

Una de las claves del planteamiento de Alexy es la tesis de la vinculación necesaria entre los principios, entendidos como mandatos de optimización, y el juicio de proporcionalidad: "El carácter de principio implica la máxima de la proporcionalidad, y ésta implica aquella"[4]. Ello significa que la máxima de proporcionalidad, con sus tres máximas parciales –adecuación, necesidad y proporcionalidad en sentido estricto o ponderación– se infiere

[4] Robert Alexy, *Teoría de los Derechos Fundamentales*, citado, pág. 111.

lógicamente del carácter de principio, pero a su vez que aquellos definen lo que debe entenderse por "optimización"[5]: así, los subprincipios de *adecuación* y *necesidad* se derivan del carácter de los principios como mandatos de optimización con relación a las posibilidades fácticas, mientras que el de *proporcionalidad en sentido estricto* orienta la optimización con relación a las posibilidades jurídicas.

Para ver con mayor claridad esta implicación, examinemos cómo funciona la máxima de proporcionalidad cuando se trata de optimizar dos principios que entran en colisión como resultado de una intervención legislativa (M_1) que, con el fin de proteger un derecho fundamental o un bien colectivo expresado en el principio P_1 impone una restricción al derecho fundamental contenido en el principio P_2. A través del examen de *adecuación* se lleva a cabo una selección de los medios idóneos para satisfacer P_1, lo que constituye el primer paso necesario para establecer lo que ordena tal principio con relación a las posibilidades fácticas. El juicio de adecuación se orienta, por tanto, a determinar si, en el supuesto que se examina, M_1 constituye un medio idóneo para satisfacer P_1.

El segundo paso consiste en el examen de *necesidad*, donde se verifica que entre diversos medios igualmente idóneos (M_1_M_2) para satisfacer P_1 sea escogido el que resulte más benigno con relación P_2[6]. Consideremos dos supuestos:

1) Si tanto M_1 como M_2 resultan igualmente idóneos con relación a P_1 (P_1: $M_1 = M_2$), pero M_2 afecta menos intensamente que M_1 al principio P_2 o, dicho de otro modo, P_2 puede ser realizado en mayor medida si se elige M_2 y no M_1 (P_2: $M_1 < M_2$), entonces desde el punto de vista de la optimización de ambos principios con respecto a las posibilidades fácticas sólo M_2 está permitido y M_1 está prohibido.

2) Pero si, además de ser igualmente idóneos para satisfacer P_1, desde la perspectiva de P_2, tanto M_1 como M_2 resultaran ser igualmente restrictivos (P_2: $M_1 = M_2$), entonces ambos medios estarían permitidos, lo que en este caso llevaría a considerar que la opción legislativa a favor de M_1 representa una adecuada optimización de los principios en juego con relación a las posibilidades fácticas.

A su vez, el juicio de *proporcionalidad en sentido estricto* expresa lo que significa la optimización en relación con las posibilidades jurídicas,

---

[5] Vid. Robert Alexy, "Epílogo a la Teoría de los Derechos Fundamentales", trad. C. Bernal Pulido, *Revista Española de Derecho Constitucional,* 66, 2002, págs. 13-64, aquí pág. 26.

[6] El criterio regulativo de la optimización respecto a las posibilidades fácticas responde al llamado *óptimo de Pareto.* Conforme a dicho criterio un estado de cosas se considera óptimo cuando existe un equilibrio más allá del cual no es posible mejorar la posición de al menos un individuo sin que ello implique desmejorar la situación de algún otro. Sobre este criterio, vid. Juan Carlos Bayón, "Justicia y eficiencia", en *Estado, justicia, derechos,* Madrid, Alianza, 2002, págs. 243-277, aquí pág. 247.

es decir, respecto a los principios que juegan en sentido contrario. Aquí el criterio lo suministra la *ley de la ponderación*, según la cual: "cuanto mayor es el grado de la no satisfacción o afectación de uno de los principios, tanto mayor debe ser la importancia de la satisfacción del otro"[7]. De él se sigue que la ponderación, aplicada a nuestro ejemplo, puede dividirse en tres pasos que consisten en: 1) definir el grado de la no satisfacción o afectación de P_2; 2) definir la importancia de la satisfacción del principio contrario (P_1); 3) definir si la importancia de la satisfacción de P_1 justifica la afectación o no satisfacción de P_2 [8]. Los resultados de esta ponderación se expresan mediante una regla cuya estructura responde a la llamada *ley de la colisión* que establece lo siguiente: "las condiciones bajo las cuales un principio precede a otro constituyen el supuesto de hecho de una regla que expresa la consecuencia jurídica del principio precedente"[9].

En trabajos recientes, Alexy ha desarrollado una formulación mucho más precisa de esa suerte de "teoría de la argumentación específica" en la que consiste el principio de proporcionalidad[10]. Sin embargo, a los efectos de este trabajo la formulación esquemática que acabo de presentar resulta suficiente para comprender la estrecha vinculación entre proporcionalidad y principios, que lleva al autor alemán a afirmar que "quien rechace la teoría de los principios (concebidos como mandatos de optimización) debe rechazar también el principio de proporcionalidad", y a considerar, en consecuencia, que "la disputa sobre la teoría de los principios puede ser vista como un reflejo de la disputa sobre el principio de proporcionalidad"[11].

Llegados a este punto es preciso examinar con mayor detenimiento el significado del concepto de mandato de optimización en la teoría de Alexy.

3. Los principios como "mandatos de optimización"

A juicio del profesor de Kiel, la propiedad fundamental que distingue principios y reglas es que los primeros representan *mandatos de optimización,* es decir, son "normas que ordenan que algo sea realizado en la mayor

---

[7] De tal modo que puede afirmarse que "el subprincipio de proporcionalidad en sentido estricto…es idéntico a la ley de ponderación". Robert Alexy, "Epílogo a la Teoría de los Derechos Fundamentales", citado, pág. 31.

[8] Ibíd., pág. 32.

[9] Robert Alexy, *Teoría de los Derechos Fundamentales,* citado, pág. 94.

[10] Vid. Robert Alexy, "Epílogo a la Teoría de los Derechos Fundamentales", citado, págs. 13-64; "Die Gewichtsformel", en *Gedächtnisschrift für Jürgen Sonnenschein,* Berlín, W. De Gruyter, 2003, págs. 771-792.

[11] Robert Alexy, "On the Structure of Legal Principles", *Ratio Juris,* Vol. 13, No. 3, 2000, págs. 294-304, aquí pág. 297. (Paréntesis fuera del texto original).

medida posible, dentro de las posibilidades jurídicas y reales existentes"[12], a diferencia de las reglas, que "contienen determinaciones en el ámbito de lo fáctica y jurídicamente posible"[13]. Sobre el criterio de la optimización se asienta entonces la tesis fuerte de la separación entre principios y reglas, una separación cualitativa y no gradual que lleva a Alexy a sostener que "toda norma es o bien una regla o un principio"[14].

Se ha dicho con razón que la teoría de Alexy constituye una reelaboración teóricamente más profunda y consistente del planteamiento de Dworkin en torno a la distinción entre principios y reglas[15]. En particular, el autor alemán acoge como punto de partida de su teoría la metáfora dworkiniana de la "dimensión de peso" de los principios para construir sobre ella su concepción de los principios como mandatos de de optimización. Concepción que, como ha señalado Alfonso García[16], comporta cuatro características fundamentales:

Graduabilidad: Los principios ordenan que algo se realice "en la mayor medida posible". Esto sugiere la posibilidad de un mayor o menor grado de satisfacción del principio dentro de los márgenes que determinan ciertas posibilidades jurídicas y fácticas. Por el contrario, las reglas no admitirían gradación alguna en su cumplimiento, en tanto determinan una medida exacta de satisfacción[17].

Optimización: Afirmar que el cumplimiento de los principios debe tener lugar "en la mayor medida posible", implica que para establecer si el

---

[12] Robert Alexy, *Teoría de los Derechos Fundamentales,* citado, pág. 86. La elaboración inicial de esta idea puede verse en su trabajo "Zum Begriff des Rechtsprinzips", *Rechstheorie,* cuaderno 1, 1979, págs. 59-87, publicado posteriormente en la compilación *Recht, Vernunft, Diskurs,* Frankfurt am Main, Suhrkamp, 1995, págs. 177-212 (en adelante cito por esta última).

[13] Robert Alexy, *Teoría de los Derechos Fundamentales,* citado, pág. 87.

[14] Ibíd., pág. 87.

[15] Juan Ruiz Manero, *Jurisdicción y normas*, Madrid, Centro de Estudios Constitucionales, 1990, pág. 159. Alfonso García Figueroa, *Principios y positivismo jurídico,* Madrid, Centro de Estudios Políticos y Constitucionales, 1998, pág. 185.

[16] Alfonso García Figueroa, *Principios y positivismo jurídico,* citado, págs. 186 y s.

[17] Este comportamiento de las reglas, puntualiza Alexy, no depende de que la acción ordenada en la regla sólo pueda o no ser realizada, como sucede en el caso de la norma de tránsito que impone adelantar sólo por la izquierda, pues también las acciones que admiten ser realizadas en diferente grado pueden ser normadas a través de reglas, siempre que en ellas se ordene con carácter general un *determinado* grado de cumplimiento, ni más ni menos, como ocurre con las reglas sobre el comportamiento negligente o culposo, en las que según el caso se exige un determinado grado de atención. Vid. *Teoría de los Derechos Fundamentales,* citado, pág. 87, nota 25. Lo que el autor alemán no aclara es si, a su vez, aquellas conductas que por su naturaleza sólo admiten ser cumplidas o no (p. ej. respetar la vida ajena) pueden ser normadas mediante principios. Sobre esto volveremos luego (vid. *infra*. 5.1).

principio ha sido cumplido en cada caso no basta con acreditar un grado de satisfacción cualquiera, sino *el más alto posible* en razón de las circunstancias fácticas y jurídicas[18].

Deber ser ideal: El mandato de optimización que incorporan los principios cobra sentido desde la perspectiva de un "deber ser ideal" (*ideales Sollen*) que marca el horizonte normativo al que debe tender su aplicación, pero en cuya formulación aún no han sido consideradas las circunstancias fácticas (posibilidades reales) y jurídicas (presencia de otras normas en colisión) que condicionan su aplicación. Precisamente en no incorporar dichas condiciones radica su connotación de deber ser "ideal". Así, en uno de sus primeros trabajos sobre el tema de los principios señala Alexy que en lugar de mandatos de optimización, podría hablarse también de "deber ser ideal" (*ideales Sollen*) entendido, en un sentido general y débil, como "todo deber que no presupone que lo debido sea posible jurídica y fácticamente en su totalidad, y por ello exige sólo un cumplimiento aproximativo o en la mayor medida posible"[19]. Por el contrario las reglas, al establecer determinaciones referidas a las posibilidades jurídicas y fácticas, serían portadoras de un "deber ser definitivo o real". Esta propiedad de los principios permitiría explicar el carácter *prima facie* de los mandatos que imponen al igual que su peculiar comportamiento en caso de colisión.

Carácter *prima facie*: El mandato que incorporan los principios no es definitivo sino sólo *prima facie*[20]. Sólo alcanzan a ser mandatos definitivos una vez que, consideradas todas las circunstancias, se establece la medida ordenada de su satisfacción en cada caso, mediante la aplicación de la

---

[18] Vid. Robert Alexy, *Teoría de los Derechos Fundamentales,* citado, pág. 91 (nota 37).

[19] Vid. Robert Alexy, "Zum Begriff des Rechtsprinzips", citado, pág. 204. El significado que propone Alexy se aproxima al sentido en que tal concepto es utilizado por autores como Moore, von Wright o Scheler. Sin embargo, ya en este trabajo nuestro autor advierte acerca de los problemas asociados al concepto de "deber ser ideal" (*idealles Sollen*), que en escritos posteriores prefiere utilizar con cautela "a causa de los malentendidos a los que puede dar lugar", vid. *Teoría de los Derechos Fundamentales,* citado, pág. 133, nota 148. Con todo, en trabajos más recientes vuelve a emplearlo en la caracterización de los principios como un "deber ser ideal" que constituye el objeto de la ponderación. "On the Structure of Legal Principles", citado, pág. 300. Sieckmann, en cambio, se inclina decididamente por considerar que es la cualidad de "deber ser ideal", más que la de consistir en "mandatos de optimización", la que realmente constituye la propiedad definitoria de los principios. Vid. Jan-Reinard Sieckmann, *Regelmodelle und Prinzipienmodelle des Rechtssystems,* Baden-Baden, Nomos, 1990, pág. 75.

[20] El concepto de obligación *prima facie* es introducido por William David Ross para dar cuenta de los conflictos de deberes morales (*Lo correcto y lo bueno* (1930), trad. L. Rodríguez, Salamanca, Sígueme, 1994, págs. 43 y ss). Pese a ser criticado por su ambigüedad y confusión, en la actualidad sigue siendo ampliamente utilizado por los teóricos del derecho, aunque en un sentido no del todo coincidente con su formulación inicial y más bien cercano a la reformulación propuesta por John Searle ("Prima Facie Obligations", en *Practical Reasoning,* J. Raz (ed.), Oxford, Oxford University Press, 1978, págs. 81-90).

máxima de proporcionalidad. No obstante, la cualidad *prima facie* no es exclusiva de los principios, pues también las reglas pueden llegar a perder de su carácter definitivo y adoptar un carácter *prima facie,* si bien diferente al de los principios, pues el de aquellas tendría una mayor fuerza derivada, no sólo del principio sustancial que fundamenta la regla, sino del respaldo que les confiere el *principio formal* que ordena seguir las determinaciones normativas impuestas por una autoridad legítima[21].

El examen de algunas críticas formuladas a esta concepción de los principios servirá para analizar con mayor detenimiento algunas de sus características[22].

4. Dos objeciones contra el concepto de "mandato de optimización"

4.1. ¿Mandatos de optimización u objetos de un mandato de optimización?

Una de las críticas dirigidas contra el planteamiento de Alexy pone de relieve la ambigüedad que presenta el propio concepto de *mandato de optimización* pues no queda claro si el principio es él mismo un mandato de optimización (de la validez o aplicabilidad de una norma) o más bien el objeto de un mandato de optimización[23]. Para ilustrar dicha ambigüedad, Sieckmann señala cómo la norma que establece que la protección del derecho penal debe ser efectiva tanto como sea posible es susceptible de dos interpretaciones:

> **N1:** "La protección del derecho penal debe ser efectiva".
> **N2:** "La protección del derecho penal debe ser efectiva en la medida en que sea fáctica y jurídicamente posible".

En este ejemplo, N2 sería un *mandato de optimización*, mientras que N1 sería el *objeto de un mandato de optimización*[24]. Visto con detenimiento, la

---

[21] Vid. Robert Alexy, *Teoría de los Derechos Fundamentales,* citado, págs. 98 y ss. El papel de los principios formales en el razonamiento jurídico es analizado con mayor detenimiento por este autor en su "Epílogo a la Teoría de los Derechos Fundamentales", citado, pág. 49 y ss. Para un estudio más amplio y detallado vid. Marius Raabe, *Grundrechte und Erkenntnis. Der Einschätzungsspielraum des Gesetzgebers,* Baden-Baden, Nomos, 1998; Virgilio Afonso da Silva, *Grundrechte und gesetzgeberische Spielräume,* Baden-Baden, Nomos, 2002.

[22] Aquí sólo nos detendremos en dos de las objeciones formuladas contra el planteamiento de Alexy. Para el examen crítico de otras objeciones vid. Robert Alexy, "Zur Struktur der Rechtsprinzipien", en *Regeln, Prinzipien und Elemente im System des Rechts,* B. Schilcher / P. Koller / B. C. Funk (Hg.), Wien, Verlag Österreich, 2000, págs. 31-52; "Epílogo a la Teoría de los Derechos Fundamentales", citado, págs. 14 y ss; Martin Borowski, "Prinzipien als Grundrechtsnormen", *Zeitschrift für öffentliches Recht,* 53, 1998, págs. 307-335.

[23] Vid. Jan-Reinard Sieckmann, *Regelmodelle und Prinzipienmodelle...,* citado, págs. 63 y ss. Un acertado desarrollo de este argumento en Alfonso García Figueroa, *Principios y positivismo jurídico,* citado, págs. 187 y ss.

[24] Jan-Reinard Sieckmann, *Regelmodelle und Prinzipienmodelle...,* citado, pág. 64.

definición de los principios como mandatos de optimización envuelve una paradoja ya que, como ha señalado Aarnio, un mandato de optimización es en cualquier caso una regla: "Un mandato, de acuerdo con el concepto, es como una regla: o se sigue o no se sigue. De este modo, el mandato de optimización es también una *regla* que no puede ser aplicada "más o menos". Se optimiza o no se optimiza. Por ejemplo, en caso de conflicto entre dos principios valorativos, los principios deben ser armonizados de manera óptima y sólo de esta manera."[25]

Alexy responde a esta crítica pero minimiza su alcance advirtiendo que en todo caso ella no obliga a abandonar la tesis de la optimización, sino más bien a introducir una distinción entre *mandatos a ser optimizados* (commands to be optimized) y *mandatos de optimización* (commands to optimize). Los primeros, puntualiza Alexy, "son los objetos que intervienen en la ponderación y pueden ser calificados como *deber ser ideal*. Un *deber ser ideal* es algo que ha de ser optimizado y, de este modo, transformado en un *deber ser real*. En tanto objetos de optimización, están situados en el nivel de los objetos (*object nivel*)". Por el contrario, "los mandatos de optimización están situados en un meta nivel. Desde allí prescriben lo que ha de hacerse con aquello que se encuentra en el nivel de los objetos (*object nivel*). Ellos imponen la obligación de que su objeto, el mandato a ser optimizado (*command to be optimized*), sea realizado en la mayor medida posible. En tanto mandatos de optimización no han de ser optimizados, sino satisfechos con una optimización (*fulfilled by optimization*)"[26].

Los principios, admite Alexy, "en tanto son materia de ponderación no consisten en mandatos de optimización sino más bien en mandatos a ser optimizados. Como tal, ellos comprenden un "deber ser ideal" que todavía no ha sido relativizado según las posibilidades jurídicas y fácticas" [27]. Sin embargo no encuentra problemático continuar refiriéndose a ellos como mandatos de optimización pues dicha expresión, además de estar más arraigada en el lenguaje de los juristas, expresa de manera más sencilla la naturaleza de los principios. Esto obedece a que "existe una conexión necesaria entre el "deber ser ideal", esto es, el principio como tal, y el mandato de optimización como una regla. El "deber ser ideal" implica el mandato de optimización y viceversa". De modo que, concluye el profesor de Kiel,

---

[25] Aulis Aarnio, "Las reglas en serio", en *La normatividad del derecho,* A. Aarnio, E. Garzón Valdés, J. Uusitalo (comps.), trad. S. Urbina, Barcelona, Gedisa, 1997, págs. 17-35, aquí pág. 27.

[26] Robert Alexy, "On the Structure of Legal Principles", citado, pág. 300. Para una versión más amplia de este trabajo vid. "Zur Struktur der Rechtsprinzipien", citado, págs. 38 y s.

[27] Robert Alexy, "On the Structure of Legal Principles", citado, pág. 300.

"es aconsejable, por razones de simplicidad, designar los principios como mandatos de optimización y emplear distinciones más precisas sólo donde estas resulten necesarias" [28].

Sin embargo, la precisión que introduce Alexy con ocasión de esta crítica no resulta en modo alguno innecesaria, pues ayuda a clarificar el significado de un concepto cuya ambigüedad, por cierto, está en la base de la objeción que se examina a continuación.

4.2. No todos los principios son mandatos de optimización

Manuel Atienza y Juan Ruiz Manero han cuestionado que la cualidad de mandatos de optimización sea predicable de todos los principios, ya que sólo es adecuada para dar cuenta de una clase de principios, las llamadas *directrices* o normas programáticas, razón por la cual, a juicio de estos autores, la teoría de Alexy resulta "distorsionadora"[29]. Examinemos las razones en que se apoya dicha objeción:

4.2.1. La distinción entre principios en sentido estricto y directrices

El núcleo de la teoría desarrollada por Atienza y Ruiz Manero consiste en la doble distinción que proponen entre *reglas* y *principios,* por un lado, y al interior de esta última categoría, entre *principios en sentido estricto* y *directrices o normas programáticas*[30]. A continuación me ocuparé de la segunda de estas diferencias desde dos de los enfoques bajo los cuales es contemplada por estos autores:

Desde un enfoque **estructural**, el punto de partida es la consideración de que todas las normas responden a una estructura condicional del tipo "Si A, entonces B", donde A representa el antecedente o condición de aplicación, consistente en la descripción de un caso genérico, y B el consecuente o consecuencia jurídica, que expresa la calificación deóntica ya sea de una conducta o de un estado de cosas. Sobre esta base, *principios en sentido estricto* y *directrices* se asemejan en que ambos formulan de modo abierto su condición de aplicación[31], pero mientras los *principios en sentido estricto*

---

[28] Ibíd., pág. 301.

[29] Manuel Atienza y Juan Ruiz Manero, *Las piezas del Derecho. Teoría de los enunciados jurídicos,* Barcelona, Ariel, 1996, pág. 11.

[30] Ibíd., págs. 6 y ss.

[31] Acogiendo una sugerencia formulada por Josep Aguiló, en trabajos posteriores estos autores caracterizan los principios (tanto en sentido estricto como directrices) como *normas categóricas* en el sentido propuesto por von Wright, esto es, como normas cuya condición de aplicación no contiene otra cosa sino la propiedad de que haya una oportunidad de realizar la conducta prescrita en el consecuente. Vid. Manuel Atienza y Juan Ruiz Manero, "Rules and Principles Revisited", *Associations,* 4, 2000, págs. 147-156, aquí págs. 150 y s; *Ilícitos atípicos.*

presentan de manera cerrada el modelo de conducta prescrito (consecuente), las *directrices* lo configuran de manera abierta[32]. A juicio de Atienza y Ruiz Manero, tal diferencia estructural determina que los primeros, una vez comprobado que desplazan a otros principios en un balance de razones, exijan un cumplimiento pleno, mientras que las directrices prescriben el cumplimiento de un estado de cosas en la mayor medida posible[33].

> Para ilustrar su posición, los autores presentan la norma expresada en el artículo 14 C.E. como ejemplo de un principio en sentido estricto. Dicho enunciado establece la prohibición de discriminar a los españoles por motivos de nacimiento, raza, sexo, opinión o cualquier otra condición o circunstancia personal o social. Ahora bien, esta norma no suministra mayor información sobre las condiciones en que procede su aplicación. No sucede igual, a juicio de los profesores de Alicante, con la descripción de la conducta prohibida: discriminar, cuya formulación cerrada permite exigir un cumplimiento pleno: o se cumple o no se cumple, para el caso, o se discrimina o no se discrimina, pero no caben modalidades graduales de cumplimiento. Por su parte proponen como ejemplo de directriz el artículo 51.1. C.E, donde se establece que "los poderes públicos garantizarán la defensa de los consumidores y usuarios, protegiendo, mediante procedimientos eficaces, la seguridad, la salud y los legítimos intereses económicos de los mismos". Como sucede con el principio de igualdad, también en este caso las condiciones de aplicación están configuradas de manera abierta, pues no queda claro en qué casos, bajo qué condiciones deben los poderes públicos proteger a los consumidores y usuarios. Sin embargo, a diferencia del ejemplo anterior, la norma del artículo 51.1. ni ordena ni prohíbe ninguna acción en particular, sino sólo la consecución de un cierto estado de cosas en el cual la seguridad, la salud y los legítimos intereses económicos de consumidores y usuarios se encuentren protegidos: "cuáles sean las acciones (o los cursos de acción) causalmente idóneas para lograr este objetivo no se encuentra constitucionalmente determinado."[34]

Este diferente comportamiento de ambos tipos de normas guarda relación con el paralelismo que los autores establecen entre la distinción entre *reglas de acción* y *reglas de fin* y la caracterización de los *principios en sentido estricto* y las *directrices*. Mientras las *reglas de acción* prescriben la realización de una acción concreta, las *reglas de fin* prescriben la obtención

---

Sobre el abuso del derecho, el fraude a la ley y la desviación de poder, Madrid, Trotta, 2000, págs. 18 y s. Según la definición de von Wright, una norma es categórica "si su condición de aplicación es la condición que tiene que cumplirse para que exista una oportunidad de hacer aquello que constituye su contenido, *y ninguna otra condición"*. Georg Henrik von Wright, *Norma y acción. Una investigación lógica,* trad. P. García Ferrero, Madrid, Tecnos, 1970, pág. 91.

[32] Por su parte las *reglas*, según el enfoque estructural de Atienza y Ruiz Manero, se caracterizan por configurar de modo cerrado tanto el antecedente como el consecuente.

[33] Manuel Atienza y Juan Ruiz Manero, *Las piezas del Derecho,* citado, pág. 7.

[34] Ibíd., págs. 10 y s.

de un estado de cosas; ahora bien, la misma distinción se reproduce en el caso de los principios en sentido estricto (prescriben acciones) y las directrices (prescriben alcanzar estados de cosas), con la única diferencia de que mientras las reglas (de acción y de fin) configuran el caso de forma cerrada, principios y directrices no especifican su condición de aplicación[35]. Así pues, la proximidad entre las directrices y las reglas de fin (ambas prescriben *estados de cosas* y no acciones), sumado al hecho de que las primeras dejarían necesariamente en manos de los destinatarios la elección de los medios idóneos para cumplir con el fin prescrito (dado el carácter abierto de su consecuente), darían cuenta de la aplicabilidad gradual y optimizable de las directrices, cosa que no sucedería en el caso de los principios en sentido estricto, pues estos, una vez determinado que hay lugar a aplicarlos, por razones lógicas exigirían un cumplimiento pleno, consistente en la realización de la acción prescrita.

El segundo de los enfoques propuestos por Atienza y Ruiz Manero para contemplar la distinción aludida es el que llaman **funcional**, o la perspectiva de razones para la acción, bajo el cual los *principios en sentido estricto* se conciben como razones de corrección fundadas en valores, de carácter último y que, por tanto, no admiten ser desplazadas por razones de otro tipo (utilitario) sino sólo por otras razones de corrección igualmente basadas en principios. Por su parte, las *directrices* generan razones para la acción de tipo utilitario, que bien pueden ser superadas ya sea por otras razones del mismo tipo o por razones de corrección fundadas en principios. Así pues, las razones de corrección resultan prioritarias respecto a las razones de utilidad o, dicho de otro modo, los principios en sentido estricto "pesan más" que las directrices[36].

---

[35] Ibíd., págs. 7 y ss. A juicio de estos autores, la distinción entre normas que prescriben acciones y normas que prescriben alcanzar estados de cosas cobra relevancia en tanto estas últimas dejan en manos de los destinatarios la selección de los medios causalmente idóneos para alcanzar el estado de cosas prescrito, permitiendo a aquellos un margen de discreción que no existe en el caso de las reglas de acción. No obstante, Moreso ha señalado acertadamente que, en definitiva, todas las normas pueden verse como normas de fin, en la medida en que también las normas que ordenan realizar una acción (del tipo "presentarse mañana a la oficina") admitirían diversas modalidades de cumplimiento ("se puede ir en tren, autobús, bicicleta o andando"), con lo cual estas últimas también concederían a los destinatarios cierto margen de discreción para elegir el modo de cumplir con la acción prescrita. Vid. José Juan Moreso, "El encaje de las piezas del derecho (I)", *Isonomía,* 14, 2001, págs. citado, págs. 135-157, aquí pág. 150 y s. Siendo así, nada obsta para que, desde esta perspectiva, también los principios en sentido estricto concedan al destinatario un margen para la elección de medios para cumplir la acción prescrita, lo que sin duda contribuye a debilitar la distinción entre estos y las directrices.

[36] Atienza y Ruiz Manero también examinan la citada distinción desde un tercer enfoque, cuyas conclusiones se asemejan a las derivadas del enfoque funcional. Se trata de la perspectiva de las **relaciones de poder e intereses**, bajo el cual la diferencia radica en que las *directrices* no

En trabajos posteriores, los profesores de Alicante han formulado importantes precisiones a su planteamiento. Por una parte, han vinculado la propiedad "todo o nada" de los principios en sentido estricto ya no sólo a una cualidad estructural (la configuración cerrada de su consecuente) sino también a su carácter de razones de corrección que incorporan valores "últimos". Atribuir valor último a una acción o estado de cosas significa que no se toman en cuenta sus consecuencias, lo que, para el caso de los principios en sentido estricto, supone que "se puede determinar que una acción está justificada con independencia del proceso causal, esto es, sin considerar sus consecuencias". En otras palabras, que respecto de ella se emplean "criterios de corrección que implican una exigencia todo o nada, en el sentido de que el juicio de corrección no es graduable: una acción o una decisión es o no correcta"[37]. Por el contrario, las directrices ordenan la consecución en el mayor grado posible de ciertos estados de cosas que constituyen objetivos colectivos valiosos, aunque no con carácter último. Aquí la relación entre acciones y estados de cosas no es analítica o conceptual, como en el caso de los principios en sentido estricto, sino causal. El criterio de justificación empleado con relación a las directrices ya no es el de "corrección" sino el de "eficiencia", el cual sí admite ser satisfecho en diversos grados[38].

La segunda precisión de Atienza y Ruiz Manero supone en buena medida una rectificación de algunas de las tesis sostenidas en *Las piezas del Derecho,* dirigida a constatar que en el nivel de los principios no existe sólo un razonamiento en términos sustantivos, pues también son relevantes

---

delimitan *ex ante* la articulación de los intereses en conflicto ni de las finalidades relativamente incompatibles, esto es, "no determinan los espacios de poder de una vez por todas haciendo abstracción de los intereses realmente en presencia en cada caso…, sino que hacen depender dicha determinación de circunstancias variables y no determinadas *a priori,* esto es, no contenidas en las normas". Por su parte, los *principios en sentido estricto* incorporan valores que se consideran "razones categóricas frente a cualesquiera intereses", que prevalecen frente a las directrices y juegan un papel predominantemente negativo: "los principios en sentido estricto no tratan de ordenar la concurrencia de intereses ni de promover unos u otros intereses sociales, sino de evitar que la persecución de cualesquiera intereses pueda dañar a dichos valores". Ello no obsta para admitir que los ordenamientos liberal–democráticos incorporan una pluralidad de valores potencialmente conflictivos y cuya jerarquía interna no siempre se encuentra determinada, conflictos que han de resolverse mediante la ponderación a fin de establecer cuál de los valores ha de prevalecer en cada caso. *Las piezas del Derecho,* citado, págs. 17 y s. Así pues, mientras con las directrices se busca ordenar la concurrencia de diversos intereses y objetivos sociales, con los principios en sentido estricto se busca establecer un marco que limite la persecución de dichos intereses.

[37] Manuel Atienza y Juan Ruiz Manero, *Ilícitos atípicos…,* citado, pág. 21.

[38] Desde el punto de vista de las directrices –sostienen estos autores– "una acción justificada es la que, respetando las otras normas del ordenamiento (y en especial los límites que se derivan de los principios en sentido estricto), es la más eficiente, esto es, facilita la obtención del estado de cosas ordenado con el menor sacrificio de los otros fines". Ibíd., pág. 22.

ciertas exigencias, derivadas de la dimensión institucional del derecho, que en ocasiones limitan el logro de los valores y fines sustantivos que el propio derecho trata de realizar. Tal relevancia se aprecia al momento de justificar instituciones jurídicas como los estados de excepción y de sitio, los cuales no plantean, sin más, un conflicto entre principios en sentido estricto, pues es evidente que la suspensión en el presente de ciertos derechos fundamentales al amparo de un estado de excepción o de sitio no guarda una relación *analítica* o *conceptual* (propia de los principios en sentido estricto) con la vigencia futura de tales derechos, sino a lo sumo una relación *causal* (propia de las directrices): "la suspensión, hoy, no es una *forma* de realización futura, sino un *medio,* necesario si se quiere en ciertas circunstancias, para asegurar la vigencia futura de esos derechos y libertades"[39].

A fin de eludir la conclusión que parece imponerse en este caso –según la cual para justificar instituciones tales como los estados de excepción sería preciso admitir la prevalencia de una directriz (garantizar la vigencia futura del orden jurídico en su conjunto) frente a principios en sentido estricto como los que ordenan respetar derechos fundamentales– y, al mismo tiempo, apuntalar la tesis de la prevalencia incondicionada de principios en sentido estricto sobre directrices, los profesores de Alicante proponen integrar en su esquema una nueva categoría de normas ignorada en sus trabajos anteriores: la de los *principios institucionales*. Estos acogerían las diversas exigencias derivadas del carácter institucional del derecho, necesarias para garantizar el funcionamiento adecuado de la "maquinaria" jurídica y, con ello, hacer posible que el derecho pueda cumplir con los fines y valores sustantivos que pretende realizar. Pero a la vez, sostienen estos autores, preservar esta dimensión institucional resulta importante pues con ella se imprime carácter regimentado al derecho, necesario para superar los déficits operativos del discurso moral[40]. De modo que, al lado de los tradicionales *principios sustantivos*, ha de admitirse la existencia de *principios institucionales*[41], los cuales, en ocasiones, pueden llegar a derrotar a los primeros y, en definitiva, a matizar la prioridad incondicionada de los derechos fundamentales sobre

---

[39] Manuel Atienza y Juan Ruiz Manero, "La dimensión institucional del Derecho y la justificación jurídica", *Doxa,* 24, 2001, págs. 115-130, aquí pág. 122.

[40] Ibíd., págs. 129 y s.

[41] A su vez, al interior de los principios institucionales se reproduce la distinción entre principios en sentido estricto y directrices, con lo cual existirían cuatro categorías: (1) principios *sustantivos* en sentido estricto, (2) directrices *sustantivas,* (3) *principios institucionales* en sentido estricto (ejemplo de estos serían, entre otros, la separación de poderes o el principio de deferencia al legislador democrático), (4) directrices *institucionales* (referidas al funcionamiento eficaz del sistema jurídico). Con todo, esta clasificación no afectaría la tesis de la prevalencia de los principios sobre las directrices en caso de conflicto. Ibíd., pág. 126.

otros objetivos sociales valiosos, aunque no últimos, pues en qué otra cosa, sino en lo segundo, consiste el interés por preservar la vigencia y la eficiencia del sistema jurídico.

En definitiva, la distinción que Atienza y Ruiz Manero establecen entre principios en sentido estricto y directrices, por lo demás asumida con carácter exhaustivo y excluyente[42], les permite sostener dos tesis contrarias al planteamiento de Alexy:

> 1) "que los principios puedan ser cumplidos en diversos grados es verdadero por lo que se refiere a las directrices o normas programáticas, pero no lo es en el caso de los principios en sentido estricto", con lo cual estos últimos no pueden ser concebidos como mandatos de optimización[43].
>
> 2) Todo conflicto entre principios en sentido estricto (sean estos de carácter sustantivo o institucional) y directrices se resuelve, con carácter general, con el triunfo de los primeros.

Vistas así las cosas, la crítica formulada por los profesores de Alicante supondría un serio revés para la concepción alexiana de los principios como mandatos de optimización, pues pondría en entredicho la vinculación necesaria entre principios y máxima de proporcionalidad defendida por este autor como una de las tesis centrales de su teoría de los principios o, por lo menos, obligaría a circunscribir su alcance sólo a la aplicación de las directrices, lo que también socavaría los cimientos de su teoría de los derechos fundamentales. Así pues, es preciso establecer si en realidad el planteamiento del profesor de Kiel se ve afectado por la crítica de Atienza y Ruiz Manero.

4.2.2. La réplica de Alexy

En el planteamiento de los profesores de Alicante es posible separar dos cuestiones: En primer lugar, la tesis que sostiene el *carácter todo o nada de los principios en sentido estricto* y que, por tanto, excluye su consideración como mandatos de optimización. Esta se apoya, básicamente, en la configuración cerrada de su consecuente y en la vinculación de tales principios con razones de corrección que implican una exigencia todo o nada ("una acción o una decisión es o no correcta"). En segundo lugar, la tesis que afirma la *prioridad de los principios en sentido estricto sobre las directrices*, basada en la prioridad de las razones de corrección sobre las razones de fin. Abordaremos, en este orden, la réplica de Alexy a cada una de estas tesis.

---

[42] Manuel Atienza y Juan Ruiz Manero, *Las piezas del Derecho,* citado, pág. 5.

[43] Ibíd., pág. 9.

4.2.2.1. El carácter "todo o nada" de los principios en sentido estricto

Para responder a esta cuestión, el autor alemán toma como punto de partida la reconstrucción en términos condicionales del principio formulado en el artículo 14 C.E., propuesta por Atienza y Ruiz Manero como ejemplo de principio en sentido estricto:

"Si (condición de aplicación) un órgano jurídico usa sus poderes normativos (esto es, dicta una norma para regular un caso genérico o la aplica para resolver un caso individual, etc.) *y en relación con el caso individual o genérico de que se trate no concurre otro principio que, en relación con el mismo, tenga mayor peso*, entonces (solución normativa) a ese órgano le está prohibido discriminar basándose en razones de nacimiento, raza, sexo, opinión o cualquier otra condición o circunstancia personal o social"[44].

A juicio de Alexy, la pieza decisiva en esta reconstrucción es la cláusula "*y en relación con el caso individual o genérico de que se trate no concurre otro principio que, en relación con el mismo, tenga mayor peso",* la cual, por otra parte, no figura expresamente en el texto constitucional. Es la adición de esta cláusula de reserva no escrita, y no la configuración cerrada de su consecuente o su carácter de razón de corrección, lo que convierte a la norma en no susceptible de cumplimiento gradual (*nicht graduell erfüllbar*)[45]. Sin embargo, en opinión de este autor, tal propiedad resulta trivial, porque cualquier principio al que se añada una cláusula de este tipo adquiere con ello el carácter de una norma "todo o nada"[46]. Por otra parte, dicha propiedad no excluye que la norma en cuestión pueda ser objeto de un mandato de optimización. En tal sentido señala Alexy que "las normas cerradas a través de cláusulas restrictivas de esta clase se asemejan a mandatos de optimización y tienen, por las mismas razones que estos, carácter de reglas".[47] Creo que esta última idea se comprende mejor si se tiene en cuenta la distinción entre *mandatos de optimización* (commands to optimize) y *mandatos a ser optimizados* (commands to be optimized), examinada anteriormente[48]. La cláusula a la que se hace referencia contiene entonces un *mandato de optimización*, esto es, una regla situada en un "meta nivel" que prescribe examinar si en cada caso concurre o no un principio que tenga mayor peso, para lo

[44] Ibíd, pág. 9 (cursivas fuera del original).

[45] Vid. Robert Alexy, "Zur Struktur der Rechtsprinzipien", citado, págs. 44 y s.

[46] Vid. Robert Alexy, "Zum Begriff des Rechtsprinzips", citado, pág. 192.

[47] Robert Alexy, "Zur Struktur der Rechtsprinzipien", citado, pág. 44.

[48] Vid. *supra* 4.1.

cual es preciso considerar qué es lo ordenado en ese caso con relación a las posibilidades jurídicas y fácticas[49].

A juicio de Alexy, la importancia de dicha cláusula en la reconstrucción del artículo 14 C.E. como un principio se advierte al considerar que su ausencia llevaría a interpretar la prohibición de discriminación como una regla estricta y, en consecuencia, a excluir todo trato desigual. Así, tratándose de la prohibición de discriminación por razón de sexo, carecería de justificación cualquier política de discriminación inversa dirigida a promover la igualdad real entre hombres y mujeres, así como la adopción de medidas vinculadas a situaciones como el embarazo o la maternidad. Sin embargo, tal interpretación del artículo 14 C.E. no corresponde al planteamiento de Atienza y Ruiz Manero, en el cual la referencia al "mayor peso" de los principios enfrentados sugiere la necesidad de una ponderación.[50] No obstante, puntualiza el profesor de Kiel, los objetos que intervienen en una ponderación sólo admiten ser reconstruidos racionalmente como principios, en el sentido de la tesis de la optimización. Considerados como objetos de una ponderación, esto es, como mandatos a optimizar, tales principios serían susceptibles de cumplimiento gradual. La anterior afirmación es válida respecto a todas las normas de derecho fundamental, al contrario de lo que sostienen Atienza y Ruiz Manero. En ese orden de ideas –concluye Alexy– el argumento de estos autores, según el cual algunos principios no admiten cumplimiento gradual y, en tal sentido, tendrían carácter de reglas, no constituye una objeción de peso en contra de la tesis de la optimización[51].

4.2.2.2. La prevalencia de los derechos individuales sobre los bienes colectivos

En el planteamiento de Atienza y Ruiz Manero la "no graduabilidad" de los principios en sentido estricto se vincula a la consideración de tales principios como "razones de corrección" o "deontológicas", distintas y prevalentes respecto a las "razones de fin" propias de las directrices u objetivos sociales. Desde esta premisa se plantea el problema de si la consideración de los principios como mandatos de optimización les sitúa en el terreno del utilitarismo y del razonamiento teleológico, y si ello resulta incompatible

---

[49] En otro lugar, al referirse al "doble carácter" (de regla y principio) de las normas iusfundamentales que se construyen mediante la adición de cláusulas de reserva relativas a principios, Alexy advierte cómo este tipo de cláusulas, "no formulan otra cosa que las tres partes del principio de proporcionalidad". Robert Alexy, *Teoría de los Derechos Fundamentales,* citado, pág. 137.

[50] Robert Alexy, "Zur Struktur der Rechtsprinzipien", citado, pág. 45.

[51] Ibíd., pág. 45.

con el carácter deontológico de los derechos fundamentales[52]. Con el fin de sustraer a estos últimos del cálculo utilitario y preservar su carácter de "razones últimas", estos autores defienden una primacía incondicionada de los principios en sentido estricto sobre las directrices, lo que lleva a sostener, en consecuencia, la primacía absoluta de los derechos fundamentales sobre los bienes colectivos. En este punto, el planteamiento de los profesores de Alicante se aproxima a una de las críticas que Habermas dirige en contra de la teoría de los principios de Alexy, según la cual, una vez concebidos como mandatos de optimización, los derechos individuales podrían, cuando las circunstancias así lo exijan, ser sacrificados en aras de objetivos colectivos, perdiendo así su carácter de "triunfos" frente a la mayoría y, con ello, su mayor fuerza justificatoria[53].

En opinión de Alexy, quienes suscriben tal objeción aciertan al señalar que la interpretación de los derechos como mandatos de optimización no puede excluir el riesgo de su excesiva limitación en beneficio de bienes colectivos. También es cierto que tal peligro podría ser conjurado si se asume una prioridad estricta de los derechos fundamentales frente a todos los bienes colectivos. Sin embargo, esta alternativa comporta igualmente desventajas porque impediría, por ejemplo, establecer limitaciones al derecho de propiedad para garantizar la protección del medio ambiente, restringir la libertad de profesión en aras de la protección de consumidores o limitar la libertad de investigación a fin de impedir ciertos experimentos con animales[54].

Consciente de estas desventajas, Habermas se muestra dispuesto a reconocer que "ciertamente, en el contexto concreto de fundamentación de la decisión de un caso particular, no todo derecho puede imponerse contra todo bien colectivo, pero solamente no podrá imponerse cuando la primacía de un bien colectivo pueda justificarse a su vez a la luz de principios"[55], con lo cual, "en *última instancia* son sólo derechos los que deben convencernos en el juego argumentativo"[56]. Esta segunda alternativa, consistente en re-

---

[52] Ibíd., pág. 46.

[53] Vid. Jürgen Habermas, *Facticidad y Validez* (1992), trad. castellana de la 4ª. ed. alemana a cargo de M. Jiménez Redondo, Madrid, Trotta, 1998, pág. 332. Un desarrollo ulterior de este argumento se encuentra en "Anhang zu Faktizität und Geltung. Replik auf Beiträge zu einem Symposion der Cardozo Law School", en *Die Einbeziehung des Anderen. Studien zur politischen Theorie,* Frankfurt a. M., Suhrkamp, 1996, apéndice que no está incluido en la edición en castellano de esta obra (*La inclusión del otro. Estudios de Teoría Política,* trad. J. C. Velasco Arroyo y G. Vilar Roca, Barcelona, Paidós, 1999). La otra crítica de Habermas se refiere al carácter irracional de la ponderación, pero ella no será aquí considerada.

[54] Vid. Robert Alexy, "Zur Struktur der Rechtsprinzipien", citado, págs. 50 y s.

[55] Jürgen Habermas, *Facticidad y Validez*, citado, pág. 332.

[56] Ibíd., pág. 333.

conducir los bienes colectivos a derechos individuales, puede ser entendida al menos de dos maneras: como una completa disolución de la categoría de los bienes colectivos en la de los derechos individuales, lo que dejaría por fuera a muchos bienes colectivos que, pese a no ser reducibles a ningún derecho individual, bajo ciertas condiciones pueden justificar limitaciones a tales derechos, como es el caso del interés en la conservación del patrimonio histórico. Pero si, por el contrario, sólo se exige que el bien colectivo tenga un grado cualquiera de repercusión positiva sobre algún derecho individual, el ámbito de los bienes susceptibles de justificar restricciones a derechos se amplía de tal modo que el criterio de la "reductibilidad" deviene inadecuado para delimitar el círculo de bienes colectivos aptos para fundamentar la restricción legítima de derechos individuales[57].

A juicio del profesor de Kiel, también debe excluirse una tercera alternativa, consistente en reducir el catálogo de derechos fundamentales para así evitar muchos supuestos de colisión con bienes colectivos, siguiendo un cuestionable criterio según el cual, "en lugar de tener que limitar, es mejor eliminar"[58]. Finalmente, Alexy explora una cuarta alternativa de resolver los problemas que plantea la colisión entre derechos individuales y bienes colectivos. En este caso se trataría de considerar las restricciones basadas en bienes colectivos, no como una intervención en el derecho individual, sino más bien como una "configuración" o "regulación" del mismo, solución que para este autor resulta igualmente inaceptable.[59]

Excluidas tales posibilidades sólo queda, en opinión de Alexy, la alternativa de admitir la restricción de derechos individuales en aras de bienes colectivos y delimitar tales restricciones a través del principio de proporcionalidad. Este último presupone la consideración de los derechos fundamentales como principios, esto es, como mandatos de optimización. El riesgo de que tal concepción contribuya a debilitar los derechos fundamentales sólo puede ser prevenido –según el profesor de Kiel– mediante la combinación de tres factores: el primero es, precisamente, la teoría de los principios que, en lugar de debilitar, contribuye a fortalecer los derechos en la medida en que, como lo expresa la ley de la ponderación, la resistencia de los derechos concebidos como principios será tanto más fuerte, cuanto más intensa sea la intervención que se trata de justificar. En segundo lugar, la teoría formal de los principios debe ser complementada con una teoría sustancial de los derechos, en la cual la afirmación de la prevalencia *prima facie* de los derechos

---

[57] Vid. Robert Alexy, "Zur Struktur der Rechtsprinzipien", citado, pág. 51.

[58] Ibíd., pág. 52.

[59] Ibíd., pág. 52; para un desarrollo más amplio de esta idea vid. *Teoría de los Derechos Fundamentales,* citado, págs. 321 y ss.

individuales sobre los bienes colectivos desempeña un papel fundamental. Finalmente, es preciso que lo anterior encuentre un respaldo efectivo en la realidad, a lo cual sin duda puede contribuir el desarrollo de una acertada jurisprudencia constitucional, pero que, en definitiva, sólo puede apoyarse en el consenso de los ciudadanos[60].

5. Una propuesta de interpretación de la tesis de los principios como mandatos de optimización

El examen de la tesis de Atienza y Ruiz Manero, que niega a los principios en sentido estricto la propiedad de ser optimizables, y de la réplica formulada por Alexy, permite apreciar las distintas estrategias que en cada caso se emplean para fundamentar el concepto de "mandato de optimización" así como la dificultad para situar ambas argumentaciones en un terreno común. Tal divergencia lleva incluso a dudar que unos y otro se refieran a lo mismo cuando emplean tal concepto. Así, en el caso de Atienza y Ruiz Manero, la idea de mandato de optimización obedece a una característica presente en la estructura lógica de las normas (su consecuente está configurado de modo abierto) y en el tipo de razón para la acción que representan (razones de utilidad no últimas cuyo criterio de justificación es la eficiencia). Por su parte, creo que la caracterización alexiana de los principios como mandatos de optimización tiene poco que ver con las consideraciones anteriores y, más bien, es el resultado de asumir una convención interpretativa que lleva a concebir que estas normas postulan un "deber ser ideal" cualitativamente distinto del "deber ser real" propio de las reglas. A juicio de Sieckmann este distinto "deber ser" se traduce en un distinto modo de validez: "mientras la validez de una regla implica el mandato de su aplicación estricta, esto es, la aplicación en todos los casos en que la misma resulte aplicable, la validez de un principio significa únicamente que este ha de ser satisfecho en la medida más alta posible con relación a las posibilidades jurídicas y fácticas"[61]. Así pues, según el planteamiento de Alexy, para atribuir la cualidad de optimizable a una norma no resulta ser determinante ni la posibilidad de cumplimiento gradual de la conducta prescrita ni la configuración abierta del consecuente de la norma en cuestión. Veamos:

5.1. La "graduabilidad" de los principios

Para entender en qué sentido pueden caracterizarse como "mandatos de optimización" incluso aquellos principios que prescriben una conducta cuya

[60] Vid. Robert Alexy, "Zur Struktur der Rechtsprinzipien", citado, pág. 52.

[61] Jan-Reinard Sieckmann, *Regelmodelle und Prinzipienmodelle…,* citado, pág. 86.

intensidad de aplicación no puede ser modulada (como sucede con el que ordena respetar la vida), conviene revisar los sentidos en que puede interpretarse la noción de graduabilidad la cual, como ya se anticipó, es una de las propiedades asociadas a la definición de los principios como mandatos de optimización, normas que ordenan que algo se realice *"en la mayor medida posible"*[62]. Ahora bien, esta idea puede ser entendida en dos sentidos:

1) Como *intensidad* de la aplicación: predicable en el caso de aquellas normas que admiten un cumplimiento gradual o aproximativo (en una escala de 0 a 100%), como sucede con la mayoría de los principios que prescriben la obtención de un *estado de cosas* (las directrices, en el lenguaje de Atienza y Ruiz Manero): garantizar un medio ambiente sano, el acceso a una vivienda digna, la protección de los consumidores, etc.

2) Como *frecuencia* de la aplicación. Tal es el sentido que adquiere la exigencia de cumplimiento "en la mayor medida posible" respecto de aquellos principios cuyo objeto no admite una realización aproximativa ("no matar", "no discriminar"), caso en el cual la exigencia que incorpora el mandato de optimización es una exigencia de cumplimiento "en el mayor número de ocasiones posibles". En este sentido cabe entender la graduabilidad incorporada a la noción de mandato de optimización en el caso de aquellos principios que prescriben la realización de *acciones*[63].

De este modo, la caracterización de los principios como mandatos de optimización sería predicable tanto de las directrices (prescriben estados de cosas) como de los principios en sentido estricto (prescriben acciones).

5.2. La configuración abierta de los principios

Desde la concepción alexiana de los principios, la pregunta por las características presentes en la estructura condicional de la norma que determinan

---

[62] Vid. *supra* 3.

[63] Vid. Alfonso García Figueroa, *Principios y positivismo jurídico,* citado, pág. 190, quien emplea una distinción similar, aunque establece una correlación entre la graduabilidad como *intensidad* y el *cumplimiento* de la norma (sistema del súbdito) y la graduabilidad como *frecuencia* y la *aplicación* de la norma (sistema del juez). A partir de esta distinción, parece inclinarse por una interpretación de la graduabilidad en el segundo sentido, al afirmar que "la graduabilidad del cumplimiento de la norma prescrita por el mandato de optimización no parece relevante" y además señalar que una aplicación gradual en el primer sentido "no parece ser el modo habitual de resolución de conflictos entre principios". Por mi parte no acabo de entender la correlación que propone García Figueroa ni comparto la conclusión que de ella deriva, pues, en primer lugar, no se entiende por qué la graduabilidad, entendida como *intensidad*, deba entenderse sólo referida al sistema del súbdito, pues también podría ser vista como una norma, dirigida al juez, que prescribe una aplicación *"mitte"* del principio en cuestión, solución que, en contra de lo que sostiene el autor, sí resulta ser un modo habitual de resolución de conflictos entre principios.

su tratamiento bien como una regla o bien como un principio ocupa un lugar secundario. Ello no quiere decir, sin embargo, que no ocupen ningún lugar. En efecto, la diferencia estructural que en el modelo de Atienza y Ruiz Manero se establece entre principios y reglas –formulación categórica de los primeros e hipotética de las segundas– guarda relación con la caracterización que propone Alexy de las reglas como normas que contienen determinaciones con relación a las posibilidades jurídicas y fácticas, y de los principios como normas que no establecen tal determinación[64].

Desde el punto de vista de su formulación normativa, Alexy relaciona esta ausencia de determinación con la generalidad propia de los principios, los cuales "suelen ser relativamente generales porque no están referidos a las posibilidades del mundo real o normativo"[65]. Una norma será tanto más general cuanto menos específica sea la descripción de la conducta prescrita: así, la norma que ordena "no mentir" presenta un alto grado de generalidad, mientras que otra que prescribe "decir siempre la verdad al cónyuge en cuestiones monetarias" presenta un grado relativamente menor de generalidad[66]. Pero a su vez, como se advierte en el ejemplo anterior, las normas más generales serían aquellas formuladas en términos categóricos, lo que sucede, según Atienza y Ruiz Manero, con los principios, cuya condición de aplicación no contiene otra cosa sino la propiedad de que haya una oportunidad de realizar la conducta prescrita en el consecuente[67]. Visto desde esta perspectiva, la formulación categórica de una norma, máxima expresión de su generalidad, sería una propiedad indicativa de la ausencia de determinación respecto a las posibilidades del mundo real y normativo, y con ello, de su carácter de principio. No obstante, en el planteamiento de Alexy el criterio de generalidad ocupa un lugar secundario porque no permite fundamentar una separación fuerte o cualitativa, sino sólo una distinción de grado, entre principios y reglas. Para este autor la menor o mayor generalidad del antecedente de una norma sería, por tanto, un criterio meramente indicativo, pero no constitutivo, de su carácter de regla o de principio[68]. Por su parte,

---

[64] Vid. Robert Alexy, *Teoría de los Derechos Fundamentales,* citado, pág. 99.

[65] Ibíd., pág. 103.

[66] Vid. Robert Alexy, "Zum Begriff des Rechtsprinzips", citado, pág. 184, nota 37.

[67] Vid. Manuel Atienza y Juan Ruiz Manero, "Rules and Principles Revisited", citado, pág. 150.

[68] Así, por ejemplo, cabría pensar en una norma como la formulada en el artículo 13 de la Constitución Colombiana, donde se establece que "no habrá pena de muerte". Su formulación categórica daría lugar a calificarla como un principio, pues no establece una condición de aplicación distinta de la propiedad de que haya una oportunidad de realizar la conducta calificada como prohibida en el consecuente. Sin embargo, se trata de una norma que en el ordenamiento jurídico colombiano es interpretada como una regla, del mismo modo que en España se interpreta como regla la norma establecida en el artículo 15 de la Constitución que prohíbe imponer

en cuanto a la formulación cerrada o abierta del consecuente, que en el modelo de Atienza y Ruiz Manero resulta un criterio decisivo para explicar la aplicación "todo o nada" de los principios en sentido estricto y cualidad de optimizables de las directrices, ya se ha visto como, de acuerdo a la concepción de Alexy, tal diferencia resulta del todo irrelevante[69].

En todo caso, ha de admitirse que la formulación lingüística de las disposiciones normativas, a partir de las cuales es posible una mayor determinación de la condición de aplicación y consecuencia jurídica de las normas que en ellas se expresan, contribuye en alguna medida a la interpretación de dichas normas como principios o reglas. Así, por ejemplo, el hecho de que la Constitución Española no simplemente haya establecido en su artículo 15 que "todos tienen derecho a la vida", sino que además haya proscrito la pena de muerte, sin duda ha servido para atrincherar este derecho (al menos en tiempo de paz) frente al riesgo de que sea interpretado como un derecho garantizado sólo "en la mayor medida posible" y a la postre derrotado cuando se consideren de mayor peso las razones de quienes abogan por implantar la pena de muerte. También ha contribuido a garantizar el derecho a la educación, y a que haya corrido mejor suerte que el derecho a la vivienda, el que la Constitución haya dispuesto que "la enseñanza básica será obligatoria y gratuita" (y asegurado su cumplimiento mediante el recurso de amparo). Sin embargo, las mismas cautelas no han impedido que el derecho al trabajo remunerado de los reclusos previsto en el artículo 25.2 se interprete como un derecho de aplicación progresiva "en la medida de lo posible", pese a que su enunciado viene formulado al menos con la misma precisión que el de la norma que obliga a dispensar educación gratuita a los menores: ¿cuestión de formulación lingüística o de prioridades sociales?

Así pues, si la interpretación de una norma como portadora de un *"deber ser real"*, esto es, como una regla, o de un *"deber ser ideal",* como un principio, parece ser independiente tanto de la configuración abierta de su consecuente, del carácter gradual de la conducta prescrita o de su formulación lingüística, ¿a qué responde entonces este peculiar modo de validez de los principios?

---

pena de muerte en tiempo de paz. Sin embargo, desde el criterio que sitúa en la generalidad el criterio de distinción entre reglas y principios, al igual que desde la distinción estructural que proponen Atienza y Ruiz Manero, sólo esta última norma sería una regla, mientras la primera sería un principio en sentido estricto. Este ejemplo corrobora la tesis que pretendo sostener, según la cual la interpretación de una norma como un principio (derrotable) o una regla (inderrotable) depende, en definitiva, de las convenciones existentes en la sociedad en torno a la mayor resistencia que se concede a determinados contenidos normativos.

[69] Vid. *supra* 4.2.2.1.

5.3. La idea de mandato de optimización como convención interpretativa

Un intento de responder a esta cuestión puede partir de una propuesta de reconstrucción teórica del derecho como fenómeno convencional, desarrollada por Bayón, según la cual toda práctica jurídica compleja incorpora *convenciones interpretativas*, definidas como *"convenciones (específicas de dicha práctica) de segundo nivel respecto a las convenciones semánticas en virtud de las cuales tienen significado ordinario los enunciados formulados en ese lenguaje natural"*[70]. La convención interpretativa más simple sería, explica este autor, la regla del significado literal. Pero sucede que las convenciones interpretativas imperantes en la práctica jurídica no suelen conformarse con dicha regla e, incluso, pueden requerir desviaciones del significado literal de distintos tipos. Cuando ello ocurre, la identificación del contenido del derecho requiere tomar en cuenta las convenciones interpretativas existentes[71].

Creo que el concepto de convención interpretativa es fecundo para explicar el concepto alexiano de mandato de optimización. De acuerdo a él, la concepción de los principios como mandatos de optimización respondería a una convención interpretativa que podría articularse como un acuerdo según el cual, *cierto tipo de decisiones jurídicas*, los así llamados *"casos difíciles"*, requieren que las normas que suministran las razones para decidir sean interpretadas no como portadoras de un *"deber ser definitivo o real"*, esto es, como reglas, sino como portadoras de un *"deber ser ideal* o *prima facie*", es decir, como principios. Mientras la primera interpretación llevaría a entender que las normas relevantes en el caso imponen deberes definitivos, que establecen una medida de cumplimiento determinada y que, en caso de conflicto, éste ha de saldarse con la declaración de invalidez o la excepción permanente de una de ellas, su interpretación como principios permite derivar de ellas sólo deberes *prima facie*, que admiten un cumplimiento gradual (sea en términos de intensidad o de frecuencia de aplicación), y resolver sus conflictos mediante la determinación de lo que dichas normas exigen en cada caso de acuerdo a las posibilidades tanto fácticas (a través de los juicios de idoneidad y necesidad que integran la máxima de proporcionalidad

[70] Juan Carlos Bayón, "Derecho, convencionalismo y controversia", citado, pág. 63.

[71] Ibíd., pág. 63. En un sentido similar, señala Guastini que una teoría de la interpretación jurídica consiste, más que en una teoría del significado de los enunciados conforme al lenguaje natural, en una reconstrucción conceptual de la práctica de los operadores jurídicos. Vid. Riccardo Guastini, "Due esercisi di non-cognoscitivismo", *Analisi e Diritto,* Torino, Giappichelli, 1999, págs. 277-280, aquí pág. 279.

en sentido amplio) como jurídicas (a través de la ponderación o juicio de proporcionalidad en sentido estricto)[72].

Pero la calificación de una norma como principio o como regla no puede hacerse a partir de la interpretación aislada y abstracta de la disposición que la estatuye, sino sólo una vez puesta en relación con las circunstancias del caso a decidir y con las demás normas que resulten relevantes para el mismo pues, como se ha señalado con razón, "el hecho de que una norma contenga ya todas las determinaciones en relación con los principios o las reglas que jueguen en su contra, no puede constatarse sino en concreto, es decir, desde una perspectiva que tome en consideración las circunstancias particulares en que la norma debe ser aplicada"[73]. De este modo, en el juicio de constitucionalidad de las leyes que intervienen en derechos fundamentales, la interpretación de una norma iusfundamental como regla o principio sólo puede hacerse una vez considerada la relación que se plantea entre la constitución y la ley objeto de control a fin de determinar cuál es el problema jurídico a decidir. Si este problema puede ser considerado como un *caso fácil*, la norma iusfundamental será entonces tratada como una *regla*, y en este caso la contradicción que eventualmente se constate entre su contenido y el de la ley enjuiciada se saldará con la aplicación del criterio jerárquico de resolución de antinomias; si, por el contrario, se trata de un *caso difícil,* la norma iusfundamental será tratada como un *principio* que se opone a las demás razones (de principio) que avalan la constitucionalidad de la ley enjuiciada y cuya colisión debe resolverse a través del principio de proporcionalidad.

Si esta interpretación es correcta, la posición de Alexy, quien expresamente defiende una tesis *fuerte* de la separación entre principios y reglas, termina por aproximarse bastante a la de aquellos autores que sostienen una tesis *débil* de la separación, no a partir del criterio de la generalidad sino sobre la base de entender que la distinción entre ambos tipos de normas es, en definitiva, "una variable dependiente de las diversidades en la interpretación y aplicación, en la argumentación y en la solución de los conflictos"[74]. De

---

[72] La convención que sugiere entender los principios como mandatos de optimización no sería sino otro modo de nombrar a la convención interpretativa que lleva a entender que algunas normas sólo tienen validez *prima facie*, a la cual se refiere Bayón en el trabajo antes citado como *"una convención que se autoanula* en sentido débil*"*. Juan Carlos Bayón, "Derecho, convencionalismo y controversia", citado, pág. 68 y 88 (nota 50).

[73] Carlos Bernal, *El principio de proporcionalidad...,* citado, pág. 588.

[74] Se suelen identificar dos posiciones básicas sobre la relación entre principios y reglas: por un lado están quienes sostienen que entre ambas existe una separación *fuerte* (*strenge Trennungsthese)* y, por otro, quienes afirman que sólo es posible establecer una separación *débil* entre unos y otras (*schwache Trennungsthese):* La *tesis fuerte de la separación*, en la que se inscriben planteamientos como los de Dworkin, Alexy o Atienza y Ruiz Manero, afirma que entre dichas normas existe una distinción cualitativa y exhaustiva, con lo cual "toda norma es o

hecho, en un trabajo reciente Alexy se inclina a considerar que la distinción entre reglas y principios *"es una cuestión de interpretación",* en la que "como siempre ocurre con la interpretación, no hay criterios que permitan en todos los casos una respuesta fácil y clara"[75], pese a lo cual este autor sostiene que el hecho de admitir que la diferencia es un asunto de interpretación, "no plantea ninguna objeción contra el carácter de principio como una propiedad de la estructura de la norma"[76]. En efecto, ambas afirmaciones resultan compatibles cuando, a partir del concepto semántico de norma que sostiene este autor, se entiende que la norma, en cuanto atribución de significado a una disposición, es precisamente el resultado de la interpretación, y que sólo tras esta última se le atribuye a la norma su estructura deóntica, esto es, su carácter de *deber ser ideal* (principio) o de un *deber ser definitivo o real* (regla). De este modo, la posición de Alexy en torno a la separación entre principios y reglas no parece guardar diferencias significativas con la de aquellos autores que, como Letizia Gianformaggio, sostienen que "la diferencia entre reglas y principios emerge exclusivamente en el momento de la interpretación-aplicación", de tal suerte que sostener que "una cierta disposición contiene una regla en lugar de un principio o viceversa, no significa otra cosa que sugerir prácticas interpretativo-aplicativas de un tipo en lugar de otro"[77].

---

bien una regla o un principio". Como explica Paolo Comanducci, quienes sostienen este punto de vista entienden que "la diversidad en la tipología de las normas entre principios y reglas es condición necesaria y suficiente de la diversidad en la interpretación y aplicación de principios y reglas, de la diversidad de argumentación a partir de principios o a partir de reglas, y de la diversidad de solución de conflictos entre principios y entre reglas" ("Principios jurídicos e indeterminación del derecho", *Doxa,* 21-II, 1998, págs. 89-104, aquí pág. 93). Por el contrario, la *tesis débil de la separación* conoce dos versiones: la primera afirma que aunque entre reglas y principios cabe establecer una distinción relevante, tal diferencia es sólo *de grado* y fundan tal distinción sobre el criterio de generalidad; la segunda versión de la tesis débil es sostenida por quienes consideran que "la diferencia en la tipología de las normas entre reglas y principios es una variable dependiente de las diversidades en la interpretación y aplicación, en la argumentación y en la solución de los conflictos" (Ibíd., pág. 93 y s). De acuerdo a esta segunda variante de la tesis débil, por la que se decanta el profesor italiano, la calificación de una norma como principio no depende de alguna cualidad de tipo ontológico presente en la norma como tal, sino más bien de una configuración que se realiza en función del modo en que ésta es interpretada o aplicada, de la manera en que se argumenta a partir de ella o del modo de resolver sus eventuales conflictos; configuración que, si bien descansa en una elección valorativa del intérprete, suele justificarse sobre la base de ciertas características que presenta la norma en cuestión.

[75] Robert Alexy, "Zur Struktur der Rechtsprinzipien", citado, pág. 38.

[76] Ibíd., pág. 38.

[77] Letizia Gianformaggio, "L'interpretazione della Costituzione tra applicazione di regole ed argomentazione basata su principi", *Rivista Internazionale di Filosofia del Diritto,* 1985/1, págs. 65-103, aquí pág. 72. Próximos a esta variante de la tesis débil de la separación entre reglas y principios son también los planteamientos de Luis Prieto, *Sobre principios y normas. Problemas del razonamiento jurídico,* Madrid, Centro de Estudios Constitucionales, 1992,

Dando un paso más en esta comparación se advierte que la relación conceptual entre principios y máxima de proporcionalidad presentada por el autor germano como punto de partida de su construcción teórica, en el fondo se sustenta en la asunción de una vinculación necesaria entre el concepto de principio y una cierta configuración de los conflictos normativos, en la línea sugerida por los partidarios de la tesis débil de la separación en el sentido antes indicado. En este orden de ideas hablamos de principios *sólo* cuando nos hallamos en presencia de normas que: 1) no operan en el razonamiento de modo aislado, en el sentido de que por sí solas no ofrecen fundamento a una decisión jurídica, sino que siempre lo hacen en conjunción con otras normas (otros principios) que orientan la decisión en sentido contrario, de tal suerte que el concepto de principio aparece invariablemente ligado a la idea de conflicto normativo[78]; 2) cuando para resolver dicho conflicto no se consideran de recibo los mecanismos tradicionales de resolución de antinomias, basados en la anulación o excepción permanente de una de las normas en conflicto, y en su lugar se adopta el esquema de argumentación que suministra el principio de proporcionalidad. Así pues, cuando se verifican ambas condiciones llamamos principios a las normas involucradas en el razonamiento y las interpretamos como portadoras de deberes *prima facie* en lugar de como portadoras de deberes definitivos. La vinculación conceptual entre principios y máxima de proporcionalidad a la que se refiere Alexy existe, pues, debido a que llamamos principios *sólo* a las normas que, ante un determinado caso, no admiten una satisfacción plena de su objeto porque

---

pág. 55, quien sostiene que "muy probablemente, en el lenguaje jurídico, los principios no son un determinado tipo de normas […], sino cualquier norma en cuanto adopta una determinada posición o papel en el razonamiento o argumentación jurídica"; Juan Ramón de Páramo, "Razonamiento jurídico e interpretación constitucional", *Revista Española de Derecho Constitucional,* 22, 1988, págs. 89-119, aquí pág. 108, para quien "la conocida distinción entre reglas y principios se puede reducir a diferentes prácticas interpretativas-aplicativas que, a su vez, proponen una teoría del razonamiento jurídico como tipo especial del práctico"; Alfonso García, *Principios y positivismo jurídico,* citado, pág. 154, cuando, tras coincidir con la posición de estos autores, concluye que "el lugar idóneo para el estudio de los principios no se halla en el propio sistema de fuentes, sino en el momento de la aplicación del derecho".

[78] En tal sentido señala Letizia Gianformaggio que "aplicar un principio es distinto de aplicar una regla en cuanto la aplicación del principio comporta también siempre la aplicación de otro principio que se asume con aquél concurrente y relevante en la situación específica, de modo tal que la conclusión de la argumentación se deriva de las consideraciones en las cuales son tenidas en cuenta, en la situación específica, ambos principios", con lo cual, "en rigor, si uno de los principios concurrentes viene 'inaplicado', entonces no puede decir de ninguna manera que venga aplicado el otro principio: en realidad viene aplicada una regla". "L'interpretazione della Costituzione...", citado, pág. 91.

entran en colisión con otras normas, y cuando para resolver tal colisión aplicamos la máxima de proporcionalidad[79].

Por otra parte, la adopción de esta convención interpretativa en relación con ciertas normas se explicaría, en primer lugar, como una respuesta a la necesidad, constitutiva del modelo de organización política representado en el estado constitucional, de posibilitar la coexistencia en el ordenamiento de un orden de valores plural y, por ello, tendencialmente conflictivo, como el que incorporan los textos constitucionales en la actualidad. En segundo lugar, es el resultado del doble entendimiento de la constitución como un orden fundamental y a la vez como un marco, comprensión que parece necesaria para conciliar, por un lado, el papel que desempeña la constitución como límite al poder, y, por otro, la libertad de configuración del legislador democrático. En suma, la interpretación de los contenidos constitucionales como "mandatos de optimización" pone de manifiesto y a la vez se propone como un intento de resolver el dilema que está en la base del constitucionalismo: la tensión entre democracia y derechos fundamentales[80].

Tal convención interpretativa es igualmente aplicable a los derechos fundamentales, cuyo entendimiento en términos de mandatos de optimización no sólo ha de ser visto como una amenaza a su fuerza normativa, por la posibilidad de que éstos sean ponderados con y, eventualmente derrotados por, principios que expresen bienes colectivos u otro tipo de razones de utilidad. La concepción de los derechos fundamentales como mandatos de optimización también reporta ventajas desde un punto de vista liberal, pues la interpretación de los derechos fundamentales como normas que reclaman *el mayor grado de satisfacción posible* atendiendo a las circunstancias jurídicas y fácticas de cada caso, permite atribuirles un ámbito inicial de protección mucho más amplio del que supone su aplicación en términos todo/nada. En efecto, para que en una reconstrucción como la que proponen Atienza y Ruiz Manero los derechos fundamentales (principios en sentido estricto) siempre se impongan sobre los bienes colectivos y otras razones de utilidad (las directrices), es preciso asumir una concepción estrecha acerca del contenido de los derechos que de antemano elimine de los mismos cualquier

---

[79] En esta dirección sostiene Luis Prieto que lo que se pone de manifiesto cuando se establece un vínculo entre ponderación y principios "no es que un principio se caracteriza por operar en el marco de un conflicto según la ley de la ponderación, sino que, al contrario, cuando hacemos uso de esa técnica de solución de conflictos debemos decir que aplicamos principios". "Diez argumentos a propósito de los principios", en *Ley, principios, derechos,* Madrid, Dykinson, 1998, págs. 47-68, aquí pág. 61.

[80] Sobre la relación de la teoría de los principios con este doble entendimiento de la constitución vid. Robert Alexy, "Epílogo a la Teoría de los Derechos Fundamentales", citado, págs. 17 y ss.

contenido que pueda ser razonablemente limitado en virtud de estos últimos. Así, por citar un conocido ejemplo extraído de la jurisprudencia constitucional alemana, posiciones tales como pintar en los cruces de calles o alimentar palomas no pertenecerían al mundo de los derechos fundamentales, pues de otro modo no sería posible su limitación en aras de garantizar la fluidez del tráfico o la protección del patrimonio arquitectónico de las ciudades.

Se trata de dos formas distintas de concebir el contenido de los derechos y la relación con sus límites: la primera, adscribe a ellos un amplísimo ámbito inicial de protección *prima facie* sobre el cual luego es posible introducir restricciones (derivadas de otros derechos o de otro tipo de principios); la segunda excluye de antemano los modos de ejercicio del derecho que pudiesen entrar en conflicto con intereses colectivos, para luego atrincherar el contenido restante de los derechos frente a restricciones basadas en razones de utilidad[81]. Posiblemente a través de las dos vías se llegue al mismo resultado en los casos fáciles, allí donde fácilmente se admitiría la legitimidad de una restricción. La diferencia importante se advierte en los casos difíciles, cuando no es claro si una cierta posición debe o no integrarse al contenido definitivo de los derechos: así, en el caso de la alimentadora de palomas, la concepción de los derechos como mandatos de optimización, al integrar la posición sobre la que se debate al ámbito de protección *prima facie* del libre desarrollo de la personalidad, impone a quien pretende restringir tal derecho la carga de justificar su limitación. En cambio, de acuerdo a la segunda concepción, dado que tal posición no forma parte del contenido protegido por los derechos fundamentales, no se impondría dicha carga de justificación: ¿cuál sería la razón para exigir tal justificación, si la restricción recae sobre un espacio de libertad "natural" que no vincula a los poderes públicos?[82] En esta diferencia se sitúa la repercusión práctica de una y otra reconstrucción y es ella la que, a mi modo de ver, confiere mayores ventajas a la concepción de los principios como mandatos de optimización. Sin embargo, tal reconstrucción no está exenta de problemas. De uno de ellos me ocupo a continuación.

---

[81] Distinción que coincide con la que se propone entre una teoría externa de los derechos fundamentales (concebidos como mandatos de optimización) y las llamadas "teorías internas". Al respecto vid. Carlos Bernal, *El principio de proporcionalidad...,* citado, págs. 442 y ss.

[82] Sobre esto ha llamado la atención Luis Prieto Sanchís, "La limitación de los derechos fundamentales y la norma de clausura del sistema de libertades", en *Justicia constitucional y derechos fundamentales,* Madrid, Trotta, 2003, págs. 217-260.

6. In dubio: ¿Pro derechos o pro legislatore?

La teoría de los principios de Alexy sin duda representa uno de los más importantes esfuerzos por ofrecer parámetros de racionalidad que orienten la argumentación jurídica y, en particular, la que tiene lugar en sede de control de constitucionalidad de las leyes. Sin embargo, ella sigue sin ofrecer una respuesta satisfactoria a la principal objeción que, desde un punto de vista sustancial, se ha formulado contra la concepción de los derechos fundamentales como principios a optimizar, y es que la misma puede conducir a una relativización del contenido de los derechos fundamentales que en algunos casos permitiría incluso su negación definitiva, si se logra argumentar satisfactoriamente que ello es necesario en razón de las circunstancias jurídicas y fácticas. En el modelo teórico de Alexy tal desplazamiento puede tener lugar no sólo porque así lo exija otro derecho fundamental (cuyo peso se juzgue mayor en el caso concreto), sino también porque ello sea necesario para satisfacer un bien colectivo. Concebidos pues como mandatos de optimización, los derechos fundamentales garantizarían "demasiado poco" [83].

Como hemos visto, la respuesta de Alexy a este virtual desamparo al que se exponen los derechos fundamentales concebidos como principios, consiste en afirmar la prevalencia *prima facie* de los derechos individuales sobre los bienes colectivos, expresada en una carga de la argumentación a favor de los primeros[84]. Ella corresponde, para el caso de los derechos de libertad, a la fórmula *"in dubio pro libertate"*[85], pero que extendida a los derechos de prestación y de igualdad podría expresarse en un genérico *"in dubio pro derechos"*, según el cual, planteada una colisión entre un derecho individual y un bien colectivo, toda duda o empate entre razones igualmente buenas se resuelve a favor del derecho individual.

No obstante, al tiempo que se afirma lo anterior se sostiene, por otro lado, la prevalencia de las reglas sobre los principios, argumentando que aquellas tienen un carácter *prima facie* diferente y esencialmente fuerte respecto al que poseen los principios. La razón de esta mayor fuerza de las reglas radica en que éstas, además de venir respaldadas por principios sustanciales, cuentan con el apoyo de *principios formales* que ordenan seguir las determinaciones impuestas por una autoridad legítima. En sus trabajos más recientes, este planteamiento ha desembocado en el reconocimiento de

---

[83] No obstante, Böckenförde ha formulado la objeción contraria, según la cual, concebidos como principios, los derechos fundamentales garantizarían "demasiado". A ambas objeciones se refiere Alexy en su "Epílogo a la Teoría de los Derechos Fundamentales", citado, págs. 14 y s.

[84] Vid. *supra* 4.2.2.2.

[85] Vid. Robert Alexy, "Derechos individuales y bienes colectivos", citado, pág. 207.

un margen estructural para la ponderación a favor del legislador, bajo el entendido de que "si las razones para la intervención son tan fuertes como las razones que juegan en su contra, la intervención no es desproporcionada"[86], lo que se traduce en una suerte de *"in dubio pro legislatore"*.

La confluencia entre una y otra regla de decisión se produce en todos los casos, por cierto no poco frecuentes, de intervenciones legislativas en derechos fundamentales que no están justificadas por la protección de otro derecho fundamental sino de un bien colectivo, evento en el cual emerge una antinomia entre dos criterios de precedencia *prima facie* de signo contrario: de existir dudas o empate entre argumentos igualmente buenos en pro y en contra de la limitación del derecho, el *"in dubio pro derechos"* impone decidir a favor del derecho fundamental y, en consecuencia, considerar injustificada su limitación, mientras que el *"in dubio pro legislatore"* lleva a considerar justificada la determinación legislativa de restringir el derecho individual en aras de un bien colectivo[87]. En este caso, la contradicción entre ambos criterios de prevalencia conduce a su anulación recíproca y, en consecuencia, a la situación de paridad o de "empate" entre derechos fundamentales y bienes colectivos. Así pues, la prioridad *prima facie* de los derechos individuales, dirigida a preservar su carácter de "triunfo" frente a otro tipo de intereses colectivos, está destinada a ser neutralizada por el reconocimiento paralelo de un margen decisorio a favor del legislador, cuya existencia constituye, a juicio de Alexy, "el imprescindible tributo que los ideales iusfundamentales tienen que pagar a cambio del triunfo, nunca suficientemente apreciado, de su institucionalización en el mundo, tal como es"[88].

---

[86] Robert Alexy, "Epílogo…", citado, pág. 45. En el mismo sentido se pronuncia en "Entrevista a Robert Alexy", trad. M. Atienza, *Doxa,* 24, 2001, págs. 671-687, aquí pág. 678.

[87] Contradicción que Carlos Bernal ha destacado como uno de los límites de racionalidad de la ponderación, "Estructura y límites de la ponderación", *Doxa,* 26, 2003, págs. 225-238, aquí págs. 230 y ss, 237.

[88] Robert Alexy, "Epílogo a la Teoría de los Derechos Fundamentales", citado, pág. 64. En sus últimos trabajos este autor ha intentado resolver esta contradicción mediante la introducción de una variable en la ponderación que tiene lugar en el juicio de proporcionalidad en sentido estricto. A través de esta variable, que denomina *peso abstracto,* es posible atribuir a los derechos fundamentales una mayor fuerza justificatoria respecto de los bienes colectivos. No se trataría de una prioridad absoluta, por cuanto el peso definitivo de cada uno de los principios que intervienen en la ponderación dependería de otras variables, además del peso abstracto, como son la intensidad de la afectación y la certeza de las premisas empíricas referidas a dicha afectación, pero en todo caso permitiría reforzar la resistencia de las "razones de corrección" expresadas en los derechos fundamentales, frente a las razones de fin expresadas en los bienes colectivos. Al respecto remito a lo afirmado por el autor en el coloquio posterior a su conferencia "Balancing, Constitucional Review and Representation", pronunciada en la Universidad de Alicante el 24 de mayo de 2004.

7. Conclusiones

7.1. El entendimiento de una norma como un mandato de optimización no depende de modo decisivo de la estructura abierta de su antecedente y su consecuente, ni de su consideración en términos de razones de utilidad, sino ante todo del modo de validez que se le atribuye en virtud de una convención interpretativa empleada por los operadores jurídicos cuando el caso a decidir se cataloga como *"difícil"*, por existir una colisión entre estándares normativos que orientan soluciones contrapuestas y se considera que la antinomia en cuestión no admite ser resuelta a partir de los criterios tradicionales de resolución de antinomias.

7.2. Tal convención interpretativa es igualmente aplicable a los derechos fundamentales, cuyo entendimiento en términos de mandatos de optimización reporta ventajas desde un punto de vista liberal, pues permite atribuirles un ámbito inicial de protección mucho más amplio del que supone su aplicación en términos todo/nada. Ámbito que si bien admite restricciones, impone la carga de justificación a quien pretenda realizarlas. Desde esta perspectiva, resulta entonces posible mantener la aplicación de la máxima de proporcionalidad para resolver las colisiones en las que intervienen derechos fundamentales, entre ellas, las que tienen lugar cuando se controla la constitucionalidad de leyes penales.

7.3. Sin embargo, la concepción de los derechos fundamentales como mandatos de optimización, tal y como es desarrollada por Alexy, se enfrenta al riesgo de que sus contenidos garanticen "demasiado poco" y, con ello, a disminuir su potencial limitador del poder, en el que en definitiva, reside su valor, incluso cuando el poder que se pretende limitar cuente con el respaldo de las mayorías. Por ello es preciso refinar el desarrollo de esta estructura argumentativa a fin de integrar elementos que hagan valer la irrenunciable primacía del individuo y sus derechos frente a otro tipo de razones basadas en el interés del colectivo.

7.4. Pero más importante aún es cobrar conciencia de que la resistencia de los derechos no descansa, en definitiva, en las características estructurales de las normas que los acogen o en el tipo de razón para la acción que representen. Antes bien, el que sigan siendo "razones últimas", depende del consenso de los ciudadanos en torno a la importancia de preservar los derechos como "triunfos frente a la mayoría", el que a su vez influye en la conformación de las convenciones interpretativas imperantes en dicha sociedad en torno al alcance y resistencia de los derechos. El problema no radica pues en una suerte de perversidad intrínseca de la concepción de los derechos fundamentales como mandatos de optimización o en el empleo del principio de proporcionalidad como criterio para enjuiciar la constitucionalidad de las decisiones que los afecten, sino en la precaria resistencia normativa que en

el momento actual tiende a reconocerse a las libertades del individuo cuando topan contra consideraciones de eficiencia punitiva, lucha antiterrorista y otros ropajes con los que suele vestirse la nuda razón de estado. Precariedad que se hace explícita en el elevado peso que en el debate público y en la argumentación constitucional adquieren estos últimos imperativos en contraste con el retórico reconocimiento de la fuerza normativa de los derechos. Precisamente el empleo de técnicas argumentativas como el principio de proporcionalidad hacen visibles y explícitas este tipo de consideraciones, y su vez posibilitan el control y la crítica de los fundamentos que acompañan tales valoraciones.

Entender pues que los derechos fundamentales pueden operar en el razonamiento como mandatos de optimización, y que ello no depende sino de una convención interpretativa en virtud de la cual fijamos el alcance que queremos dar a los derechos, permite darnos cuenta que su fuerza descansa, en definitiva, en la estima que los ciudadanos tienen de sus libertades, pues, como ha puesto de manifiesto lúcidamente Ferrajoli, "(l)a Constitución, y en general el Derecho, no (son) otra cosa que un conjunto de significados. Rigen, funcionan, mientras su sentido es socialmente compartido. De otro modo, desaparecen, junto a los valores que garantizan, sin necesidad de golpes de estado o cambios institucionales"[89].

[89] Luigi Ferrajoli, "El estado constitucional de derecho hoy: el modelo y su divergencia con la realidad", trad. P. Andrés Ibáñez, en *Corrupción y Estado de Derecho. El papel de la jurisdicción.* Madrid, Trotta, 1996, pág. 29.

A R T Í C U L O S

PROYECTO PARA LA VOZ "ORDENAMIENTO JURÍDICO" DE UN DICCIONARIO

Riccardo Guastini
Universidad de Génova

RESUMEN. En este trabajo el autor se ocupa de las siguientes cuestiones sobre los ordenamientos jurídicos: 1. Concepciones. 1.1. El ordenamiento como conjunto de normas. 1.2. El ordenamiento como complejo de instituciones. 2. Componentes. 2.1. Normas originarias y normas derivadas. 2.2. Normas formuladas y normas implícitas. 2.3. Normas primarias y normas secundarias. 2.4. Normas válidas y normas inválidas. 2.5. Normas y principios. 3. Estructura. 3.1. Fundamentación de normas. 3.1.1. En el vértice del ordenamiento. 3.1.2. La identidad del ordenamiento. 3.2. Jerarquías de normas. 4. Complejidad. 5. Sincronía y diacronía. 6. El carácter mixto (estático-dinámico) de los ordenamientos jurídicos. 7. El ordenamiento como "sistema". 7.1. Coherencia. 7.2. Consistencia. 8. Ordenamientos centralizados y ordenamientos descentralizados. 9. Formación, contenido y extensión del ordenamiento. 9.1. El modo de formación. 9.2. El contenido. 9.3. La extensión. 10. Relaciones entre ordenamientos. 11. Los "problemas" del ordenamiento. 11.1. Lagunas. 11.2. Antinomias. 11.3. Lagunas, antinomias, interpretación.

ABSTRACT. In this paper the author deals with the following questions about legal systems: 1. Conceptions. 1.1. A legal system considered as a set of rules. 1.2. A legal system considered as a set of institutions. 2. Components. 2.1. Original norms and derived norms. 2.2. Formulated norms and implicit norms. 2.3. Primary norms and secondary norms. 2.4. Valid norms and invalid norms. 2.5. Norms and principles. 3. Structure. 3.1. Grounds for norms. 3.1.1. At the apex of the legal system. 3.1.2. The identity of the legal system. 3.2. Hierarchies of norms. 4. Complexity. 5. Synchrony and diachrony. 6. The mixed nature (static-dynamic) of legal systems. 7. The legal order as a "system". 7.1. Coherence. 7.2. Consistency. 8. Centralized legal systems and decentralized legal systems. 9. Formation, content and extent of the legal system. 9.1. How the legal system is formed. 9.2. The content. 9.3. The extent. 10. Relationships between legal systems. 11. The "problems" in the legal system. 11.1. Gaps. 11.2. Antinomies. 11.3. Gaps, antinomies, interpretation.

DOXA, Cuadernos de Filosofía del Derrecho, 27 (2004) ISSN: 0214-8676 pp. 247-282

1. Concepciones

En la literatura se encuentran no menos de dos modos distintos de concebir los ordenamientos jurídicos.

Según el modo de ver estándar y generalmente compartido, un ordenamiento jurídico es un conjunto de normas.

Según un modo de ver sugerido por el institucionalismo italiano, un ordenamiento jurídico es más bien un complejo de instituciones.

Cada una de estas dos sucintas definiciones exige algunas palabras de aclaración.

1.1. El ordenamiento como conjunto de normas

En el uso común de los juristas y de las mismas fuentes del Derecho, el vocablo 'norma' es notoriamente ambiguo: a veces se usa para denotar los *enunciados* lingüísticos que se encuentran en el discurso de las fuentes; otras veces se usa para denotar el *contenido de significado* de tales enunciados; con frecuencia, ciertamente, se usa para denotar indistintamente una cosa y la otra[1]. Adoptando una convención lingüística ya ampliamente aceptada[2], podemos llamar (no normas, sino) 'disposiciones' a los enunciados del discurso de las fuentes y reservar el nombre de 'normas' en sentido estricto a su contenido de sentido, tal y como resulta de la interpretación[3].

A la luz de esta distinción, la primera concepción del ordenamiento (el ordenamiento como conjunto de normas) se duplica: en el sentido de que el ordenamiento puede concebirse alternativamente o como conjunto de disposiciones o como conjunto de normas propiamente dichas[4].

(i) En el primer caso, un ordenamiento jurídico se presenta banalmente como un conjunto de textos normativos (la constitución, las leyes, etc.)[5],

---

[1] Como si a cada enunciado correspondiera una, y solo una, norma, y a cada norma un, y sólo un, enunciado. Este uso indistinto del vocablo 'norma' presupone una concepción cognitiva de la interpretación, o sea, el modo de ver según el cual la interpretación es acto (no de voluntad, sino) de conocimiento (de manera que los enunciados interpretativos pueden ser verdaderos o falsos). Cf. R. Guastini, *L' interpretazione dei documenti normativi*, Milán, Giuffré 2004, cap. II.

[2] V. Crisafulli, "Disposizione (e norma)", en *Enciclopedia del diritto*, XIII, Milán, Giuffré, 1964. Cfr. también R. Guastini, "Disposizione vs. norma", en *Giurisprudenza costituzionale*, 1989, p. 3 y ss.

[3] R. Guastini, *L' interpretazione dei documenti normativi*, cit., cap. VII.

[4] R. Guastini, "Ordinamento giuridico", en *Digesto delle discipline pubblicistiche*, X, Turín, UTET, 1995.

[5] Así, por ejemplo, R. Hernández Marín, *Teoría general del derecho y de la ciencia jurídica,* Barcelona, PPU, 1989, especialmente cap. 2.

pero su contenido normativo –qué se prescribe, a quién y en qué circunstancia– queda totalmente indeterminado.

(ii) En el segundo caso, un ordenamiento jurídico se presenta como un conjunto de significados, de contenidos normativos. Solo que tales significados son variables dependientes de la interpretación (ninguna disposición tiene un significado determinado si no es después de la interpretación[6]). De manera que, por una parte, el contenido normativo del ordenamiento resulta un tanto inaprensible, desde el momento en que toda disposición es susceptible de interpretaciones: (a) de un lado, sincrónicamente distintas y en conflicto; (b) de otro lado, diacrónicamente mutables[7]. Por otra parte, el ordenamiento está destinado a cambiar cuando cambia la interpretación dominante o consolidada sin que cambien las llamadas fuentes del Derecho.

En lo que sigue trataremos del ordenamiento como un conjunto de normas entendidas en sentido estricto, sin ulteriormente problematizar la distinción entre disposiciones y normas.

1.2. El ordenamiento como complejo de instituciones

A comienzos del siglo pasado, Santi Romano sugirió la idea de que un ordenamiento jurídico es un complejo (no de normas, sino) de "instituciones": en este sentido, por ejemplo, constituye (parte de) un ordenamiento no el conjunto de las *normas* constitucionales, sino el conjunto de los *órganos* constitucionales[8]. De manera que, por ejemplo, se tiene una laguna en el ordenamiento (no cuando falta una norma que regula un cierto supuesto de hecho, sino) cuando de hecho desaparece una determinada institución (pongamos: la monarquía, por extinción de la casa reinante; la cámara electiva, por la abstención persistente del voto del cuerpo electoral, etc.). A este respecto, por lo demás, no será inútil hacer dos observaciones.

En primer lugar, 'institución' es un concepto exquisitamente normativo; y ello bajo un doble perfil[9]. Por un lado, ningún individuo o grupo de individuos puede ser identificado como institución (o como órgano) si no es a la

---

[6] G. Tarello, *L'interpretazione della legge*, Milán, Giuffré, 1980.

[7] Conviene subrayar que la concepción que se examina *no* incluye en la noción de ordenamiento ni las decisiones jurisdiccionales y administrativas, ni la dogmática.

[8] No se alude aquí a la obra más conocida de Santi Romano (*L'ordinamento giuridico*, II ed., Florencia, Sansoni, 1946, donde el Derecho en su conjunto es representado como "institución"), sino al ensayo "Osservazioni sulla completezza dell' ordinamento statale", 1925, ahora en Id., *Lo Stato moderno e la sua crisi. Saggi di diritto costituzionale*, Milán, Giuffré, 1969.

[9] Una reescritura normativista de la concepción institucionalista del Derecho se lee en N. Bobbio, *Teoria generale del diritto*, Torino, Giappichelli, 1993, 12 ss. Cfr. también A.G. Conte, *Filosofía dell´ordinamento normativo*, Turín, Giappichelli, 1997, 352 ss.

luz de un conjunto de normas (constitutivas) que le atribuyan tal valor[10]. Por otro lado, una institución parece enteramente reducible a (no parece tener una existencia independiente de) el conjunto de las normas que, imponiendo obligaciones y confiriendo poderes y derechos a ciertos sujetos, regulan su funcionamiento[11].

En segundo lugar, la desaparición por la vía de hecho de una institución, como la casa reinante en un ordenamiento monárquico, no daría lugar en absoluto a una laguna ("institucional") –si no quizás a una laguna del todo efímera– donde existiera una norma que regulase la circunstancia en cuestión (en el ejemplo, el supuesto de hecho: extinción de la casa reinante).

Como quiera que sea, esta concepción, salvo quizás algún homenaje completamente extrínseco (verbal)[12], nunca ha alcanzado un gran éxito: los juristas han seguido pensando que un ordenamiento es un conjunto de normas y tratándolo así. En lo que sigue adoptaremos la concepción normativa, que es la ampliamente dominante.

No es ocioso recordar que, evidentemente, la locución 'ordenamiento jurídico' asume el significado común de conjunto normativo también en el lenguaje de las fuentes vigentes del Derecho (la alusión lo es a las disposiciones siguientes: art. 8, 2 const. italiana; art. 10, 1, const. italiana; art. 12, 2, disposiciones preliminares del cod. civil italiano; art. 3 Estatuto de Cerdeña; art. 2 Estatuto Valle de Aosta; art. 4 Estatuto Friuli-Venezia Giulia; art. 4, Estatuto Trentino-Alto Adigio).

2. Componentes

Los componentes de un ordenamiento jurídico entendido como ordenamiento normativo, son, va de suyo, normas. Sin embargo, las normas que componen un ordenamiento conviene distinguirlas desde, al menos, cuatro perspectivas.

2.1. Normas originarias y normas derivadas

En primer lugar, conviene distinguir las normas originarias de las derivadas[13].

---

[10] J.R. Searle, *Speech Acts. An Essay in the Philosophy of Language*, Cambridge, Cambridge U.P., 1969. Cfr. también M. Atienza, J. Ruiz Manero, *Las piezas del Derecho. Teoría de los enunciados jurídicos*, Barcelona, Ariel, 1996, especialmente cap. 2.

[11] N. Bobbio, *Teoria generale del diritto*, cit., 13 s.

[12] Por parte, por otro lado, sólo de la doctrina italiana

[13] Cfr. G.H. von Wright, *Norm and Action. A Logical Enquiry*, Routledge & Kegan Paul, Londres, 1963, 199; R. Caracciolo, *El sistema jurídico. Problemas actuales*, Madrid, Centro de Estudios Constitucionales, 1988, 31 ss.; E. Bulygin, *Norme, validità, sistemi normativi*, Giappi-

(i) Son originarias –independientes, "soberanas"– las normas cuya pertenencia al ordenamiento *no* depende de la (previa) existencia de otras normas. Son tales las normas constitucionales o, si se quiere, las normas de la "primera" constitución[14] (en el caso de una secuencia de constituciones, cada una de las cuales está jurídicamente fundamentada[15] en la precedente). Las normas constitucionales, en efecto, son –por definición– fruto del ejercicio de poder constituyente, o sea, de un poder *extra ordinem*, no conferido ni regulado por ninguna norma preexistente (de otra forma, se trataría, de un poder no constituyente, sino constituido).

(ii) Son derivadas –dependientes– todas las normas restantes: es decir, todas aquellas cuya existencia reposa –dinámica o estáticamente[16]– en la previa existencia de otras normas, o porque (a) han sido dictadas por un sujeto investido de autoridad normativa por una norma preexistente[17], o porque (b) derivan[18] lógicamente (o pseudo-lógicamente) de normas preexistentes[19].

2.2. Normas formuladas y normas implícitas

En segundo lugar, conviene distinguir entre normas expresamente formuladas ("dictadas" o "promulgadas" en sentido genérico y atécnico) y normas implícitas, no formuladas.

(1) Son formuladas las normas que, precisamente, encuentran una expresa enunciación en alguna disposición normativa (o en un fragmento de disposición normativa).

(2) Son implícitas, por el contrario, las normas extraídas de las normas formuladas (o de una combinación de normas formuladas, o de una combinación de fragmentos de normas formuladas) mediante procedimientos argumentativos lógicos (es decir, deductivos) o pseudo-lógicos (por ejemplo, por vía de analogía).

---

chelli, Turín, 1995, cap. XIII, Id., "El problema de la validez en Kelsen", en R. Vázquez (ed.), *Filosofía jurídica. Ensayos en homenaje a Ulises Schmill*, Porrúa-ITAM, México, 2005.

[14] Una "primera constitución" es una constitución "originaria", o sea, no derivada de (no jurídicamente fundamentada en) una constitución precedente. Véase H. Kelsen, *Dottrina pura del diritto* (1960), Turín, Einaudi, 1966, 225.

[15] *Infra* § 3.1., *sub* (i)

[16] *Infra*, § 3.1.

[17] En este sentido, por ejemplo, son normas dependientes todas las normas de las leyes, ya que su existencia reposa sobre las normas constitucionales que atribuyen competencia legislativa.

[18] De las maneras que veremos en seguida, *sub* § 2.2.

[19] En este sentido, son normas dependientes todas las normas implícitas, sobre las cuales *infra* §. 2.2.

Toda norma implícita es fruto (no de promulgación o dictado, sino) de un razonamiento de los intérpretes. Se pueden, sin embargo, distinguir al menos cuatro tipos de razonamiento cuya conclusión es una norma implícita. O, dicho de otra manera, se pueden distinguir cuatro tipos de normas implícitas, a cada uno de los cuales corresponde un tipo distinto de razonamiento[20].

(a) En primer lugar, hay normas implícitas que se extraen a partir de normas expresas mediante razonamientos lógicamente válidos (o sea, deductivos)[21], en los que no figuran premisas que no sean normas expresas[22].

(b)En segundo lugar, hay normas implícitas que se extraen de normas expresas mediante razonamientos lógicamente válidos, en los que figuran premisas que no son precisamente normas expresas, sino que son enunciados interpretativos: por ejemplo, definiciones de términos usados en la formulación de normas expresas[23].

(c) En tercer lugar, existen normas implícitas que son fruto de razonamientos (a veces válidos, a veces inválidos) entre cuyas premisas figuran enunciados que no son precisamente normas expresas, sino que son más bien tesis dogmáticas construidas previamente e independientemente de la interpretación de cualquier específico enunciado normativo[24].

---

[20] R. Guastini, *L´interpretazione dei documenti normativi*, cit., 104 ss.

[21] Un razonamiento tiene estructura deductiva cuando la conclusión está lógicamente implícita en las premisas. Los razonamientos deductivos son "cogentes" o "constringentes", en el sentido de que, si se aceptan las premisas, no se puede (sin contradecirse) rechazar la conclusión: las premisas, digámoslo así, "garantizan" la conclusión.

[22] Por ejemplo, dada una norma expresa N1 que establece "los mayores de edad tienen derecho de voto", y otra norma expresa N2 que establece "Los que hayan cumplido dieciocho años son mayores de edad", se puede deductivamente inferir la norma implícita N3: "Los que hayan cumplido 18 años tienen derecho de voto".

[23] Por ejemplo, una norma expresa establece que "Contra los actos de la Administración pública se admite siempre la tutela jurisdiccional de los derechos y de los intereses legítimos ante los órganos de jurisdicción ordinaria o administrativa" (art. 113, 1, const. italiana). Ahora bien, quien, a partir de esta norma, quisiera extraer la conclusión de que la tutela jurisdiccional se admite no sólo contra las actuaciones (singulares y concretas) de la administración pública, sino también contra los reglamentos, debería añadir la premisa de que por 'actos administrativos' debe entenderse cualquier acto (también normativo) proveniente de la administración pública. Semejante premisa constituye obviamente una interpretación del sintagma 'actos administrativos': es, pues, un enunciado interpretativo. Quien, por el contrario, a partir de esta misma norma, quisiera extraer la conclusión de que se puede impugnar ante alguna jurisdicción ordinaria o administrativa no sólo (literalmente) los actos provenientes de la administración pública, sino también las llamadas leyes-medida, debería añadir la premisa de que por 'actos administrativos' debe entenderse no (sólo) actos "subjetivamente" administrativos, sino (también) actos "sustancialmente" administrativos (esto es, que tienen contenido singular y concreto, si bien no han sido adoptados por la administración pública, sino por el legislador). Esta ultima premisa, de nuevo, sería fruto de la interpretación del sintagma 'actos administrativos'.

[24] Por ejemplo, la constitución [italiana] exige que el Gobierno tenga la confianza de las Cámaras (art. 94, 1, const.); la constitución, por lo tanto, ha instaurado un gobierno parlamentario; en el

(d) En cuarto lugar, existen normas implícitas que se extraen, más o menos, persuasivamente a partir de normas expresas según esquemas de razonamiento no deductivos, lógicamente inválidos (por ejemplo, un entimema, una conjetura sobre la *ratio legis*, el argumento analógico, el argumento *a contrario*, etc.)[25].

2.3. Normas primarias y normas secundarias

En tercer lugar, conviene distinguir entre normas primarias y normas secundarias[26].

(i) Se suele llamar primarias a las normas comunes de conducta, o sea, las normas que atribuyen o imponen situaciones jurídicas subjetivas (derechos, obligaciones, etc.) a los ciudadanos comunes[27].

(ii) Se llaman, por el contrario, secundarias las normas –más precisamente: las meta-normas[28]–sobre la producción y la aplicación del Derecho, o sea, aquellas que confieren poderes ("legislativos" en sentido material, ejecutivos, jurisdiccionales) y regulan su ejercicio[29].

---

gobierno parlamentario el Jefe del Estado no tienen poderes de dirección política, sino sólo funciones de garantía constitucional; por lo tanto, el Jefe del Estado no puede rechazar el dictado de los actos deliberados por el Gobierno salvo cuando se trate de actos notoriamente inconstitucionales.

[25] Un ejemplo entre mil: "La salud es un derecho fundamental del individuo" (se trata, en hipótesis, de una norma expresa: art. 32, 1, const. it.); "El daño a la salud constituye una violación de un derecho fundamental"; "La violación de un derecho fundamental constituye un daño injusto (en el sentido del art. 2043 cod. civ. it.)", "Por lo tanto, el daño a la salud debe ser resarcido". O también: una cierta disposición legal impone una obligación a los "ciudadanos"; argumentando *a contrario* (en una de las posibles variantes de tal argumento), se puede sostener que la disposición en cuestión –puesto que impone una obligación a los ciudadanos, sin mencionar sujetos distintos de los ciudadanos– excluye positivamente a los extranjeros y a los apátridas de la sujeción a tal obligación (es decir, contiene también la norma implícita según la cual los extranjeros y los apátridas no están sujetos a la obligación en cuestión).

[26] H.L.A. Hart, *The concept of Law*, Oxford, Clarendon, 1961; N. Bobbio, *Studi per una teoría generale del diritto*, Turín, Giappichelli, 1970, 175 ss.; N. Bobbio, *Contributi ad un dizionario giuridico*, Turín, Giappichelli, 1994, 177 ss, 233 ss.

[27] En los ordenamientos de tipo liberal, el conjunto de las normas primarias está cerrado por el principio de libertad: "Todo lo que no está expresamente prohibido está (implícitamente) permitido". Cfr. D. Donati, *Il problema delle lacune dell' ordinamento giuridico*, Milán, 1910 (ahora en Id., *Scriti di diritto publico*, I, Padua, 1966).

[28] Se llama metanorma a toda norma que tenga como objeto no la conducta, sino: (a) actos normativos (ejemplo: "La función legislativa se ejerce colectivamente por las dos Cámaras", art. 70 cons. it.); (b) otras normas (ejemplo: el principio de retroactividad); o (c) otras disposiciones (ejemplo: "Se deroga el art. x de la ley y"). Sobre ello: T. Mazzarese, "Metanorme. Rilievi su un concetto scomodo della teoria del diritto", en P. Comanducci, R. Guastini (eds), *Struttura e dinamica dei sistemi giuridici*, Giappichelli, Turín, 1996.

[29] En los ordenamientos de tipo liberal, el conjunto de las normas secundarias está cerrado por el principio de legalidad: "Todo lo que no está expresamente permitido está (implícitamente) prohibido". Cfr. G. Zagrebelsky, *Il diritto mite. Legge, diritti, giustizia*, Turín, 1992, 31.

Dentro de las normas secundarias ocupan un lugar especial las llamadas normas "sobre la producción jurídica", o normas sobre las fuentes: es decir, las que confieren, y regulan el ejercicio de, competencias normativas[30].

2.4. Normas válidas y normas inválidas.

En cuarto lugar, conviene distinguir entre normas válidas y normas inválidas. Es realmente una ingenuidad –bastante difundida en la teoría del Derecho [31]– pensar que sólo las normas válidas pertenecen al ordenamiento[32].

Se llama válida toda norma que sea formalmente conforme y materialmente no incompatible con las normas y metanormas que son, respecto de ella, formal y materialmente superiores[33].

Pero la validez no es condición necesaria de "existencia jurídica" (esto es, de pertenencia al ordenamiento) de una norma. De hecho, en todo ordenamiento existen fatalmente también normas inválidas: leyes inconstitucionales, reglamentos *contra legem*, etc. Normas que pueden también ser durante un largo tiempo observadas y aplicadas antes de que su invalidez sea (constitutivamente) reconocida por el órgano competente para ello[34].

Se podría añadir: en todo ordenamiento existen también normas ni válidas, ni inválidas. Aludo evidentemente a las normas supremas, originarias, o independientes[35], o sea, a las normas constitucionales. En ausencia de

---

[30] Cfr. R. Guastini, *Teoria e dogmatica delle fonti*, Milán, Giuffrè, 1998, cap. IV.

[31] Donde es completamente común definir la validez como pertenencia al ordenamiento.

[32] L. Ferrajoli, *Diritto e ragione. Teoria del garantismo penale*, Bari-Roma, Laterza, 1989, esp. 909 y ss.; E. Bulygin, "El problema de la validez en Kelsen", 5 s.

[33] Los conceptos que subyacen a esta definición se explican *infra*: aps. 3.1 y 3.2.

[34] A esta manera de ver las cosas, que distingue entre pertenencia ("existencia jurídica") y validez, se le podría objetar aproximadamente así: las normas en cuestión (leyes inconstitucionales, etc.), al ser inválidas, no pertenecen de ningún modo al ordenamiento; a pesar de ello son aplicables (hasta que no sean declaradas inválidas por el órgano competente); pero, justamente, eso no quiere decir que pertenezcan al ordenamiento, ya que una cosa es la validez o pertenencia, y otra cosa la aplicabilidad (véase, por ejemplo, el caso de las normas extranjeras, reclamadas por normas de Derecho internacional privado: normas aplicables, pero ciertamente no pertenecientes al ordenamiento). En suma: bien vistas las cosas, lo que tu llamas "existencia jurídica" no es para nada "pertenencia al ordenamiento"; es, banalmente, la aplicabilidad. Este tipo de ideas están en Bulygin, "El problema de la validez en Kelsen", cit. Así, decía, se podría objetar. Pero sería equivocado. Lo que llamo "existencia jurídica" es algo distinto no sólo de la validez, sino también de la aplicabilidad. Tomemos el caso de una ley inconstitucional en periodo de *vacatio*: semejante ley es (en hipótesis) inválida; no es aplicable (mientras dure la *vacatio*); pero sin embargo pertenece ya al ordenamiento, al haber sido promulgada y publicada. Es precisamente esta "pertenencia" lo que la distingue de un proyecto de ley a la espera de aprobación, igualmente no aplicable y (por hipótesis) igualmente inconstitucional.

[35] *Supra*, § 2.1.

normas sobre la instauración (a no confundir con la revisión[36]) constitucional y de normas materialmente superiores a la constitución, no tiene sentido predicar ni la validez ni la invalidez de la constitución[37].

2.5. Normas y principios

Hoy es una opinión generalmente compartida que todo ordenamiento está compuesto no sólo por "normas", sino también por "principios" (adjetivados bien como "generales", o bien como "fundamentales")[38]. Pero la distinción entre normas y principios es un tanto escurridiza, bajo al menos dos aspectos [39].

---

[36] *Infra*, § 3.1.2.

[37] R. Guastini, "La validité de la constitution du point de vu du positivisme juridique", en M. Troper, L. Jaume (eds.), *1789 et l' invention de la constitution,* Bruselas-París, Bruylant-L.G.L.J., 1994, 216 ss.

[38] La literatura al respecto es muy vasta. Me limito a mencionar unos pocos textos esenciales: R. Dworkin, *Taking Rights Seriously*, II ed., Londres, Duckworth, 1978, espec. cap. 2; G. R. Carrió, "Principi di diritto e positivismo giuridico" (1970), ahora en R. Guastini (ed.), *Problemi di teoria del diritto*, Bolonia, Il Mulino, 1980; R. Alexy, *Teoría de los derechos fundamentales* (1986), Madrid, Centro de Estudios Constitucionales, 1993, espec. cap. 3; L. Prieto Sanchís, *Sobre principios y normas. Problemas del razonamiento jurídico*, Madrid, Centro de Estudios Constitucionales, 1992; M. Atienza, J. Ruiz Manero, *Las piezas del Derecho. Teoría de los enunciados jurídicos*, Barcelona, Ariel, 1996, espec. cap. 1.

[39] La distinción, debe subrayarse, tiene relevancia no sólo teórica, sino también dogmática, a causa de numerosas disposiciones de Derecho positivo vigente que, precisamente, hacen referencia también ellas a los principios en cuanto algo distinto a las otras normas. Los ejemplos más macroscópicos son probablemente los siguientes.

El art. 117, 3 de la Cons. it. (tal y como fue reformulado por el art. 3 de la ley const. 3/2001) dispone entre otras cosas que "En las materias de legislación concurrente corresponde a las Regiones la potestad legislativa, salvo en lo que respecta a la determinación de los principios fundamentales, reservada a la legislación del Estado"; y, al hacer así, impone el distinguir, dentro de la regulación de cada "materia" confiada a la legislación concurrente, las normas que constituyen "principios fundamentales" de las restantes (El mismo art. 117, inciso 1, en la formulación originaria, autorizaba a las Regiones con estatuto ordinario a dictar "normas legislativas en los límites de los principios fundamentales establecidos por las leyes del Estado"; y, al hacer así, imponía distinguir entre "normas" sin ulteriores especificaciones y "principios fundamentales").

El art. 9, 1, ley 62/1953, tal como fue modificada por el art. 17, inciso último, ley 281/1970, dispone a su vez que "el dictado de normas legislativas por parte de las regiones [...] se desarrolla en los límites de los principios fundamentales como resultan de las leyes que expresamente los establecen para cada materia o como se desprenden de las leyes vigentes". Esta disposición (¿todavía vigente después de la revisión constitucional de 2001?) sugiere distinguir entre principios explícitos (los que resultan de las "leyes que expresamente los establecen") y principios implícitos (los que, justamente, no están expresamente establecidos por las leyes, pero que, sin embargo, "se desprenden" de leyes).

El art. 12, 2. disp. prel. cód. civ. it por su lado –al disponer que "si una controversia no puede decidirse con una disposición precisa [...] se decide según los principios generales del

Por un lado, no está claro en qué sentido puede decirse que los principios jurídicos son algo distinto a las normas. Parece obvio, por el contrario, que son no ya otras normas, sino, a lo más, un tipo específico de normas jurídicas.

Por otro lado, no está claro cuáles son los rasgos distintivos de los principios con respecto al resto de las normas, ya que el concepto de principio no es en absoluto unívoco.

En la literatura se encuentran no menos de tres conceptos de principio. Naturalmente, a una pluralidad de conceptos corresponde una pluralidad de clases. Pero, por otra parte, hay principios que caen simultáneamente en más de una clase.

(i) Según una cierta perspectiva, los principios son normas "con el supuesto de hecho abierto" y/o "normas derrotables "

El supuesto de hecho (el antecedente) de una norma está "cerrado", cuando la norma enumera exhaustivamente *bien sea* los hechos en presencia de los cuales se produce la consecuencia jurídica que ella misma dispone, *o bien* las eventuales excepciones, o sea, los hechos en presencia de los cuales la consecuencia jurídica no se produce. El supuesto de hecho (el antecedente) de una norma es "abierto", cuando la norma *no* enumera exhaustivamente los hechos en presencia de los cuales se produce la correspondiente consecuencia, o bien *no* enumera exhaustivamente las excepciones en presencia de las cuales la consecuencia no se produce.

Una norma es "no derrotable" cuando *no* admite excepciones o, mejor dicho, no admite otras excepciones si no las expresamente establecidas por la propia norma o por otras normas del ordenamiento. Una norma es "derrotable" cuando admite excepciones implícitas, no establecidas por la norma en cuestión, ni por ninguna otra norma del ordenamiento, y por tanto indeterminadas [40].

---

ordenamiento jurídico del Estado– impone distinguir entre "disposiciones precisas" y "principios generales".

De "principios e intereses generales los cuales informan la legislación del Estado" habla también el art. 17 del Estatuto de la Región siciliana (Real decreto legislativo 455/1946, convertido en ley const. 2/1948). Los "principios del ordenamiento jurídico del Estado" se mencionan en el art. 3 del Estatuto especial para Cerdeña (ley const. 3/1948), en el art. 2 del Estatuto especial para el Valle de Aosta (ley const. 4/1948), así como en el art. 4 del Texto único de las leyes const. relativas al Estatuto especial para el Trentino-Alto Adigio (D.P.R. 670/1972), el último de los cuales, en el art. 5, contrapone los "principios establecidos por las leyes del Estado" a las "normas legislativas" regionales. Poniendo, pues, uno al lado del otro, estos diversos textos normativos, parece inevitable distinguir ulteriormente (si no también entre "normas" y "disposiciones precisas", por lo menos) entre "principios fundamentales" y "principios generales".

[40] Esta (doble) distinción puede ilustrarse con un simple ejemplo. El art. 3, 1, cons. it. –"Todos los ciudadanos [...] son iguales ante la ley, sin distinción de sexo, de raza, de lengua,

(ii) Según una distinta perspectiva, los principios son normas "genéricas"[41], las cuales: por un lado, (a) exigen el dictado de otras normas que les sirvan de realización o les den concreción; pero, por otro lado, (b) pueden ser realizadas o concretadas de muchas maneras distintas y alternativas[42].

---

de religión, de opiniones políticas, de condiciones personales y sociales"– admite dos distintas interpretaciones: puede ser entendido alternativamente como norma específica, con un supuesto de hecho cerrado, o como norma derrotable, con supuesto de hecho abierto, o sea, como principio.

(a) En la primera interpretación, la disposición expresa grosso modo la norma siguiente: si una ley distingue entre ciudadanos según el sexo, la raza, etc. (supuesto de hecho), entonces ella es constitucionalmente ilegítima (consecuencia jurídica). Por un lado, una tal norma no admite excepciones: está excluido que una ley, que discrimine según el sexo, la raza, etc., pueda nunca ser conforme con la constitución. Por otro lado, semejante norma tiene un supuesto de hecho cerrado: está excluido que (en el sentido de esta norma) una ley pueda ser constitucionalmente ilegítima si se diera el caso de que discriminara por razones distintas del sexo, la raza, etc.

(b) En la segunda interpretación, la misma disposición expresa un principio genérico de igualdad, que se suele formular así: los casos iguales deben ser tratados de manera igual, los casos desiguales deben ser tratados de manera desigual. Por un lado, este principio admite excepciones: no está en absoluto excluido que una ley pueda ser constitucionalmente legítima aun discriminando a los ciudadanos, por ejemplo, según el sexo (a pesar del mismo sexo, las situaciones pueden muy bien ser "objetivamente" desiguales y, cabalmente, el legislador debe tratar de manera desigual situaciones objetivamente desiguales). Por otro lado, este principio tiene un supuesto de hecho abierto: no está en absoluto excluido que una ley pueda ser constitucionalmente ilegítima porque discrimina según criterios distintos del sexo, de la raza, etc. (por ejemplo, según la edad: a pesar de la distinta edad, las situaciones pueden muy bien ser "objetivamente" iguales y, cabalmente, el legislador debe tratar de manera igual situaciones objetivamente iguales). Obsérvese, sin embargo: la derrotabilidad no es una característica exclusiva de los principios. En verdad, cualquier disposición puede convertirse en derrotable (o con supuesto de hecho abierto) mediante una oportuna técnica interpretativa (sin, por ello, ser considerada un principio). La técnica en cuestión es la de la disociación. Cfr. R. Guastini, *L'interpretazione dei documenti normativi*, cit., cap. IX.

[41] A principios de este tipo nos referimos cuando se habla de sentencias constitucionales "aditivas de principio". Cfr. G. Parodi, *La sentenza additiva a dispositivo generico*, Turín, Giappichelli, 1996.

[42] Nuevamente, el punto puede aclararse con un simple ejemplo. El art. 139 cons. it. dispone que la "forma republicana" del estado no puede ser objeto de revisión constitucional. Ahora bien, la forma republicana del estado se caracteriza por oposición paradigmática a la forma monárquica. La distinción está en la distinta actitud hacia la figura del jefe del Estado. Más precisamente, en el lenguaje político común, el vocablo 'república' denota esencialmente aquel tipo de organización política en la cual: a) el jefe del Estado es órgano electivo; y (b) el mandato del jefe del Estado está limitado en el tiempo. Ahora bien, la constitución (italiana) vigente en el art. 83 dispone que el Presidente de la República sea elegido por las Cámaras en sesión común y, en el art. 85 inciso 1, fija la duración del mandato presidencial en siete años. Pero la Constitución bien podría concretar de manera distinta los dos principios en cuestión: el carácter electivo del jefe del Estado y el carácter temporal de su mandato. De manera que sería equivocado concluir que, en virtud del art. 139, esté del todo excluida la revisión de estas dos disposiciones. Bien vistas las cosas, el art. 139 cons. it. no prohibe *cualquier* revisión de los arts. 83 y 85, inciso 1, que expresan normas específicas. No prohibe, por ejemplo, modificar la duración del mandato presidencial, mientras se conserve su carácter temporal; no prohibe

(iii) Según una perspectiva todavía distinta, los principios se distinguen de las normas específicas no ya (o no tanto) por su contenido y su estructura, sino más bien por la "posición" que ocupan en el ordenamiento jurídico o en alguno de sus sectores particulares (el Derecho constitucional, el Derecho civil, el Derecho procesal, el Derecho administrativo, etc.). Los principios son normas "fundamentales". Lo son en un doble sentido.

(a) En primer lugar, los principios son normas "fundamentales" en el sentido de que sirven de fundamento y/o justificación a otras normas (en general, cada principio constituye el fundamento de una multiplicidad de otras normas). Todo conjunto de normas –unidas por un mismo objeto de regulación– presupone y sobreentiende valores, elecciones políticas caracterizadoras de ideas de justicia: por ejemplo, la división de poderes, la igualdad entre los ciudadanos, la paz entre las naciones, la llamada certeza del Derecho (o sea: previsibilidad de las consecuencias jurídicas de las acciones propias y, al mismo tiempo, estabilidad de las relaciones establecidas), la libertad contractual (o autonomía privada), la tutela de quien actúa de buena fe, y así sucesivamente. Pues bien, dado un conjunto cualquiera de normas (que puede incluso coincidir con todo el ordenamiento), se consideran principios aquellas normas que incorporan tales valores, sentimientos de justicia, decisiones políticas[43]

---

cambiar el modo de elección del Jefe del Estado, mientras se conserve su carácter electivo. Lo que el art. 139 const. prohibe es alterar o suprimir los dos *principios* que –si bien no expresamente formulados– subyacen a las dos normas en cuestión: o sea, el principio del carácter electivo del jefe del Estado y el principio del carácter temporal de su mandato. Sin embargo, cabalmente, estos dos principios pueden ser concretados de maneras distintas: el Presidente de la República podría, por ejemplo, ser elegido directamente por el pueblo, en lugar de por las Cámaras reunidas, sin que el principio subycente resultara violado; su mandato podría prolongarse, pongamos, de siete años a diez, como también reducirse de siete años a cinco, sin con ello violar el principio subyacente.

Nótese que pertenecen a la clase de las normas "genéricas", en el sentido que se ha tratado de aclarar, también las normas "teleológicas": es decir, aquellas normas que no prescriben una precisa línea de comportamiento, sino que expresan solemnemente un valor, del que recomiendan su realización, o bien indican un fin a perseguir. Son ejemplos paradigmático de ello las numerosas normas "programáticas", de las que está llena la constitución: art. 3, 2; art. 4, 1; art. 5; art. 6; art. 31; art. 32, 1; y así sucesivamente. También las normas teleológicas pueden ser realizadas o concretadas de muchas maneras distintas y alternativas: tantas cuantos sean los medios idóneos para perseguir el fin prescrito o para realizar el valor proclamado. Basta pensar, para poner algún ejemplo, en los mil modos posibles de "tutelar la salud" (art. 32, 1, cons. it.), o de "tutelar a las minorías lingüísticas" (art. 6 const. it.).

[43] Por ejemplo, el principio de tutela de la confianza fundamenta y justifica las disposiciones sobre el error como causa de anulación del contrato (art. 1428 cod. civ. it.), las disposiciones sobre los efectos de la simulación con respecto a terceros y a los acreedores (arts. 1415 y 1416 cod. civ. it.), las disposiciones que limitan la oponibilidad frente a terceros de la modificación o revocación del poder (art. 1396 cod. civ. it.), etc.

(b) En segundo lugar, los principios son normas "fundamentales" en el sentido de que no requieren, o parecen no requerir, a su vez fundamento o justificación: puesto que –sin razón o con ella– son percibidos como obvios, autoevidentes, o como intrínsecamente justos. En suma, los principios son normas que, a los ojos de quien habla, revisten una especial "importancia", o bien se presentan como normas "caracterizadoras" del ordenamiento o de una de sus partes, esenciales para su identidad o fisionomía [44].

Obsérvese que las normas calificables como principios en virtud de su carácter "fundamental" no necesariamente tienen el supuesto de hecho abierto, son derrotables, o genéricas [45].

3. Estructura

Un ordenamiento no es ya un conjunto de normas cualquiera, sino más bien un conjunto de normas "estructurado"[46]. La estructura, a la que se alude, consiste banalmente en esto: que las normas que componen un ordenamiento no están recíprocamente desconectadas y son entre sí independientes sino que, por el contrario, tienen relaciones las unas con las otras.

En este contexto, importa mencionar al menos dos relaciones relevantes: la (doble) relación de "fundamentar", y la (múltiple) relación "jerárquica".

3.1. Fundamentación de normas

Que una norma sirva de fundamento a otra norma puede decirse en dos sentidos distintos: el primero alude a la dinámica del ordenamiento, el segundo, a su estática.

(i) Diremos que una primera norma N1 sirve de fundamento "dinámico" a una segunda norma N2, cuando N2 ha sido creada por una autoridad normativa A instituida por N1. N1, en otros términos, es una norma de competencia, que confiere a una autoridad A el poder de crear N2, y A es la autoridad creadora de N2.

Es tesis generalmente aceptada –después de Kelsen– que los ordenamientos jurídicos están dotados de una estructura piramidal, en el sentido

---

[44] Piénsese, por ejemplo: en Derecho constitucional, en el principio de la soberanía popular o en el principio de la división de poderes; en Derecho civil, en el principio de la autonomía privada; en Derecho administrativo, en el principio del justo procedimiento; en Derecho penal, en el principio "nullum crimen, nulla poena, sine lege"; y así sucesivamente.

[45] Un solo ejemplo: se puede convenir en que la norma "lex posterior derogat priori" (art. 15 disp. prel. cod. civ. it.) constituye un principio, ya que desempeña en el ordenamiento un rol en algún sentido fundamental, pero es una norma con un supuesto de hecho cerrado y aparentemente no derrotable

[46] N. Bobbio, *Teoria generale del diritto*, cit., VIII; C. Leben, "De quelques doctrines de l' ordre juridique", en *Droits*, 33, 2001, 20.

siguiente[47]. La norma (en hipótesis: ínfima) N4 encuentra su fundamento dinámico en la norma N3; esta, a su vez, recibe su fundamento dinámico de N2; N2 encuentra su fundamento dinámico en N1; esta a su vez recibe fundamento dinámico de N0 (en hipótesis: suprema)[48].

Ahora bien, la norma N0, adviértase, carece, en hipótesis, de cualquier fundamento dinámico. Eso significa que N0 es una norma creada no ya por un poder jurídico –o sea, "constituido", conferido por una norma jurídica– sino por un poder "constituyente", un poder de hecho. La norma N0, no habiendo normas superiores a ella, es la norma suprema del ordenamiento: esto es, su "primera" constitución[49]. Todas las restantes normas del ordenamiento "dependen", en un sentido obvio, de N0. N0, a su vez, no depende de ninguna otra norma: ella es, por tanto, en este sentido, una norma "independiente"[50]

(ii) Diremos que una primera norma N1 presta fundamento estático a una segunda norma N2, cuando N2 es derivable con instrumentos lógicos o pseudológicos de N1, en los modos que hemos visto[51].

3.1.1. En el vértice del ordenamiento

Si desde el punto de vista dinámico el ordenamiento presenta, como se ha dicho, una estructura piramidal, es sensato preguntarse qué norma está en el vértice de la pirámide. La respuesta más conocida a esta pregunta es la de Kelsen: en el vértice del ordenamiento está una norma "fundamental", no "puesta", sino "presupuesta" (no válida, sino presupuesta como válida)[52]. Esta tesis no convence por la razón siguiente.

Kelsen no distingue entre validez y existencia de las normas: no admite que puedan existir normas que carezcan de cualquier fundamento de vali-

---

[47] Cfr. H. Kelsen, *La dottrina pura del diritto*, cit., 251 ss.

[48] La norma N0 es "superior" –estructuralmente superior (*infra* apdo. 3.2), en el sentido de que proporciona fundamento (dinámico), directo o indirecto– a todas las normas restantes. N1 es superior, en el mismo sentido, a N2, N3 y N4. N2 es superior a N3 y N4. N3, en fin, es superior a N4.

[49] *Supra*, § 2.1.

[50] Obviamente, en el vértice de la pirámide no hay necesariamente una única norma suprema: puede haber múltiples, todas del mismo rango, en cuanto formuladas en un único documento normativo, producido por un poder de hecho. El documento que expresa el conjunto de las normas supremas de un ordenamiento es precisamente su (primera) constitución.

[51] Cfr. *supra*, § 2.2.

[52] La norma fundamental kelseniana no debe confundirse con la "regla de reconocimiento" teorizada por Hart, la cual (puede sostenerse) no es propiamente una norma, sino más bien un "criterio" (convencional) de reconocimiento de las normas válidas, o sea, una definición de 'norma válida'. Cfr. E. Bulygin, *Norme, validità, sistemi normativi*, Turín, Giappichelli, 1995, 19 ss.

dez, y por lo tanto pretende encontrar un fundamento de validez a cualquier norma existente, incluida la (primera) constitución. De manera que, cuando se interroga sobre el fundamento de validez de la constitución, se ve inducido a presuponer una norma ulterior, "meta-constitucional", ni válida ni inválida –llamada por el precisamente "fundamental"– que dé fundamento dinámico de validez a la propia constitución (confiriendo poder constituyente y/o mandando obedecer a la constitución).

Ahora bien, que el conjunto de las normas válidas deba necesariamente apoyarse sobre una norma ni válida ni inválida, y por tanto "suprema", está fuera de discusión (por razones exquisitamente lógicas que aquí no viene al caso evocar[53]). Pero si no todas las normas pueden ser válidas, si tiene en cualquier caso que haber una norma ni válida ni inválida, ¿por qué no admitir que se trata de una norma no ya "presupuesta", sino simplemente "puesta" (por un poder de hecho *extra ordinem*)? En otras palabras: ¿por qué no admitir que norma suprema es la misma (primera) constitución? ¿Por qué buscar un fundamento de validez a la constitución en una norma ulterior ni válida ni inválida, en lugar de admitir, más simplemente, que la (primera) constitución misma no es ni válida ni inválida?[54] Desde este punto de vista, la estipulación de la norma "fundamental" se revela del todo superflua: una inútil duplicación de la constitución[55].

3.1.2. La identidad del ordenamiento

Se puede convenir que la identidad de todo ordenamiento (visto desde el punto de vista dinámico)[56] reposa en última instancia en la identidad de su norma suprema, esto es, en la identidad de su (primera) constitución. En el sentido de que todo ordenamiento, aunque cambien (incesantemente) las normas derivadas o dependientes que lo componen, conserva sin embargo su identidad mientras que no se cambien sus normas originarias o independientes, que sirven de fundamento dinámico de validez a todas las restantes[57].

---

[53] Cfr., p. e. H.L.A. Hart, *The Concept of Law*, cit., 97 ss. Cfr. también V. Mathieu, "Sistemi logici e sistemi giuridici. Imposibilità di autofondazione formale", en Id., *Luci ed ombre del giusnaturalismo, Turín, 57 ss.*

[54] Cfr. R. Guastini, "Sur la validité de la constitution du point de vue du positivisme juridique", cit.

[55] O, quizás, la ideología normativa de cuantos legitiman el sistema constitucional vigente: N. Bobbio, "Sul principio di legittimità" (1964), en N. Bobbio, *Studi per una teoria generale del diritto*, cit., 79 ss.

[56] *Infra*, § 5. Desde el punto de vista estático, un ordenamiento cambia, y en ese sentido cambia su identidad, cada vez que se introduzca en él una nueva norma o que una norma preexistente sea derogada (o anulada) o sustituida.

[57] E. Bulygin, *Norme, validità, sistemi normativi*, cit., 240.

Mientras que un ordenamiento pierde su identidad originaria –su "continuidad", es un ordenamiento distinto– cuando cambia su constitución.

Sin embargo, así como un hombre no pierde su identidad por el hecho de que le sea amputado un miembro y sustituido por un miembro artificial, parece obvio que un texto constitucional puede también ser repetidamente (y profundamente) enmendado sin perder por ello su identidad originaria. Se plantea entonces el problema de distinguir el cambio constitucional (la instauración de una "nueva" constitución) de la mera revisión constitucional (la enmienda de la constitución existente): de distinguir, en suma, el poder constituyente del poder (constituido) de revisión constitucional.

Ahora bien, del poder constituyente se encuentran, en la cultura jurídica contemporánea, dos concepciones distintas, a las que podemos llamar, respectivamente, "formalista" y "sustancialista".

(I) Según la concepción formalista, poder constituyente es aquel que–no siendo "constituido" (o sea, previsto y regulado por normas preexistentes)– necesariamente se ejerce *extra ordinem*, o sea, en formas ilegales o en todo caso no-legales[58]. (Si se ejercitase en formas legales, o sea, de acuerdo con normas preconstituidas, entonces habría normas que lo conferirían y/o lo regularían. Pero si hubiera tales normas, entonces ese sería, por ello mismo, un poder no constituyente, sino constituido.)

(II) Según la concepción sustancialista, por el contrario, constituyente es aquel poder que –cualquiera que sean sus modos de ejercicio– expresa la "decisión política fundamental"[59]: aquel poder, en suma, que elige los principios supremos y/o caracterizadores del ordenamiento o de la "forma del Estado".

A estas dos concepciones del poder constituyente le subyacen dos distintas concepciones de la constitución.

(i) La concepción formalista del poder constituyente tácitamente supone que la constitución es, banalmente, nada más que un conjunto de normas (como tal, definible extensionalmente, esto es, por simple enumeración de las normas que lo componen).

(ii) La concepción sustancialista del poder constituyente, a su vez, tácitamente supone que la constitución es, por el contrario, una totalidad coherente de principios y/o valores.

---

[58] Cfr. S. Romano, "L' instaurazione di fatto di un ordinamento costituzionale e la sua legittimazione" (1902), ahora en Id., *Lo Stato moderno e la sua crisi. Saggi di diritto costituzionale*, cit.; A. Pace, "L' instaurazione di una nuova costituzione. Profili di teoria costituzionale", en Associazione italiana dei costituzionalisti, *La nascita delle costituzioni europee del secondo dopoguerra*, Pádua, CEDAM, 2000.

[59] C. Schmitt, *Dottrina della costituzione* (1928), Milán, Giuffré, 1984, 41, 109 ss.

Estas dos concepciones de la constitución, a su vez, presuponen dos distintos criterios de identidad de la constitución.

(A) Según la concepción formalista, una constitución –un conjunto de normas– se comporta como cualquier otro conjunto: un conjunto pierde su identidad y se transmuta en un conjunto distinto, cada vez que se introduce un nuevo elemento o que un elemento preexistente es eliminado o sustituido. En otras palabras, la constitución pierde su identidad y pasa a ser una constitución distinta, cada vez que se produzca una (cualquiera) revisión constitucional. Por marginal que pueda ser el cambio, toda revisión constitucional produce una "nueva" constitución[60]. Lo que cuenta es distinguir entre revisiones "legales" (o sea, realizadas según las formas previstas por la propia constitución) y revisiones "ilegales" (o *extra ordinem*).

(B) Según la concepción sustancialista, por el contrario, una constitución –en cuanto totalidad coherente de principios– conserva su identidad mientras que, aunque modificada en una o más de sus normas, no sean alterados los principios supremos que la constituyen. Y por otra parte la constitución pierde su identidad cuando incluso uno solo de los principios fundamentales es alterado o suprimido. En suma, aquí importan no tanto las formas (legales o ilegales) de la revisión, cuanto su objeto.

Ahora bien, como se ha dicho, la revisión constitucional supone la identidad del texto constitucional al que se refiere, en el sentido de que parece natural usar el vocablo 'revisión' para denotar la modificación de un texto constitucional que conserve, sin embargo, su identidad. Se sigue de ello que las dos concepciones suponen dos modos divergentes de concebir la revisión constitucional y sus límites "naturales".

(a) Desde un punto de vista sustancialista, el poder de revisión constitucional no puede extenderse hasta afectar a los principios constitucionales supremos (puede sólo corregir marginalmente las restantes normas del texto constitucional): si actuara así, necesariamente se transmutaría en poder constituyente[61]. Alterar los principios supremos, en efecto, constituye no ya mera revisión de la constitución existente, sino genuina instauración de un nuevo ordenamiento constitucional. Una consecuencia relevante de este modo de ver es que no hay modos legales de cambiar la constitución (entendida, precisamente, como el conjunto de principios supremos): la constitución solo puede ser cambiada en formas ilegales, revolucionarias.

---

[60] E. Bulygin, *Norme, validità, sistemi normativi*, cit., 76 ss.

[61] Por ejemplo, en nuestro ordenamiento, en relación al art. 139 cons. it., se pueden perfectamente cambiar, mediante revisión constitucional, las modalidades de elección del Jefe del Estado, pero no el principio del carácter electivo del Jefe del Estado.

(b) Desde un punto de vista formalista, por el contrario, el poder de revisión constitucional se distingue del constituyente solo por el hecho de ejercitarse en los modos previstos y regulados por la propia constitución. Por lo tanto, el cambio constitucional, cuando sea realizado en las formas previstas por la propia constitución, se queda en mera revisión –no se transmuta en instauración de un nuevo ordenamiento constitucional– cualquiera que sea su objeto: por mucho que la revisión pueda incidir a fondo sobre los principios supremos [62]. Consecuencia relevante de este modo de ver es que la constitución puede ser cambiada incluso profundamente en formas legales, sin que sean precisas revoluciones, golpes de Estado o guerras civiles.

3.2. Jerarquías de normas

Es pacífico que todo ordenamiento tiene una estructura jerárquica. ¿Pero de qué tipo de jerarquía exactamente estamos hablando?

Según Kelsen[63], hay sólo un tipo de jerarquía: la que tiene lugar entre las normas sobre la producción jurídica y las normas producidas de acuerdo con ellas. En este sentido, por ejemplo, las normas constitucionales sobre la legislación están supraordenadas a la legislación misma incluso (nótese bien) cuando la constitución es flexible.

Según Merkl[64], sin embargo, hay un segundo tipo de jerarquía (junto a la precedente): la relación que tiene lugar entre dos normas cuando una de ellas no puede válidamente ser contradicha o derogada por la otra. Obsérvese que, por lo que se refiere a las relaciones entre constitución y legislación, tal relación tiene lugar sólo si la constitución es rígida.

Por otro lado, la relación entre normas sobre la producción jurídica y normas producidas de acuerdo con ellas es con frecuencia vista como una relación lógica: el tipo de relación que existe entre dos niveles de lenguaje (un meta-lenguaje y su lenguaje-objeto)[65]. Este modo de ver, sin embargo, confunde esta relación con una relación completamente distinta: la que existe entre dos normas cuando la una se refiere metalingüísticamente a la otra, "habla" de la otra (por ejemplo, la relación entre una norma de derogación expresa y la norma por ella expresamente derogada).

---

[62] Cfr. H. Kelsen, *Teoría general del Estado* (1925), Granada, Comares, 2002, 415.

[63] Cfr. H. Kelsen, *Teoria generale del diritto e dello Stato* (1945), Milán, Comunità, 1952, 125 ss.

[64] Cfr. A. Merkl, "Prolegomeni ad una teoria della costruzione a gradi del diritto" (1918), en Id., *Il duplice volto del diritto*, Milán, Giuffré, 1987, 37 ss.

[65] H.L.A. Hart, *The Concept of Law*, cit.; N. Bobbio, "Norme primarie e norme secondarie" (1968), en Id., *Studi per una teoria generale del diritto*, cit.

Además, es una idea común, aun cuando nunca explicitada, que las relaciones jerárquicas preexisten a la interpretación, de manera que los intérpretes no pueden hacer otra cosa que tomar nota de ellas[66]. Pero las cosas no son tan simples. Es bastante claro que algunas relaciones jerárquicas son no ya "encontradas", sino creadas por los intérpretes, mediante juicios comparativos de valor[67]. Este es el caso, por ejemplo, de la relación axiológica que existe –en el ámbito de un código, pongamos– entre principios fundamentales o generales y normas específicas. Este es el caso, de nuevo, de la relación entre la constitución y ciertos principios "supraconstitucionales" que, según la jurisprudencia de algunos tribunales constitucionales[68], no pueden ser derogados o modificados de ningún modo: ni siquiera con el procedimiento de la revisión constitucional.

La conclusión es que no existe una única estructura jerárquica en los ordenamientos contemporáneos: hay al menos cuatro[69].

(i) *Jerarquía formal* o estructural: entre normas sobre la producción jurídica (p. e., las normas constitucionales sobre la legislación) y normas producidas en conformidad con ellas (p. e., las normas legislativas)[70].

(ii) *Jerarquía material* o sustancial: una primera norma A está materialmente supraordenada con respecto a una segunda norma B, cuando una tercera norma C establece que B no puede válidamente contradecir a A[71]. Una constitución flexible está supraordenada a la legislación sólo en sentido formal, mientras que una constitución rígida esta supraordenada a la legislación también en sentido sustancial.

Estos dos primeros tipos de relaciones jerárquicas modelan el concepto de validez: en el sentido de que, como se ha dicho, la validez exige la con-

---

[66] Véase, sin embargo, M. Troper, "Il problema dell' interpretazione e la teoria della sovralegalità costituzionale" (1975), trad. it. en P. Comanducci, R. Guastini (eds.), *L'analisi del ragionamento giuridico. Materiali ad uso degli studenti*, Turín, Giappichelli, II, 1989.

[67] G. Tarello, "Gerarchie normative e interpretazione dei documenti normativi", en *Politica del diritto*, 1977, 499 ss.

[68] Cfr. p. e. Corte const. it. 1146/1988.

[69] Cfr. R. Guastini, "Gerarchie normative", en *Materiali per una storia della cultura giuridica*, 1997, 463 ss.

[70] Cfr. *supra*, § 3.1, en el punto (i).

[71] Bien entendido, la norma en cuestión (la norma C) puede asumir las formas más diversas. Puede darse el caso de que, por ejemplo, C disponga que una cierta fuente B no puede contener normas en contradicción con otra fuente A. O bien puede darse el caso de que C autorice a un órgano jurisdiccional a no aplicar o directamente a anular las normas provenientes de la fuente B cuando están en contradicción con las normas provenientes de la fuente A. O, incluso, puede darse el caso de que C establezca que la fuente A no puede ser modificada si no es con un procedimiento especial, distinto de (más complejo que) el requerido para la producción de la fuente B.

formidad a las normas formalmente superiores y la compatibilidad con las normas materialmente superiores[72].

(iii) *Jerarquía lógica*: entre normas y meta-normas (en sentido estricto[73]). Por ejemplo: normas derogatorias y normas derogadas; definiciones legislativas y normas en cuya formulación se emplea el término definido; normas de reenvío y normas a las que se refiere el reenvío.

(iv) *Jerarquía axiológica* (o sea, concerniente al "valor" de las normas de que se trate): por ejemplo, entre principios y normas de detalle, entre las normas constitucionales comunes y los llamados principios constitucionales supremos[74]. Pero una jerarquía de este tipo puede ser establecida (por los intérpretes) también entre un principio y otro: la solución de los conflictos entre principios constitucionales (por ejemplo, entre libertad de prensa y *privacy*) exige precisamente que se postule una jerarquía axiológica entre los principios en cuestión; en esto precisamente consiste la "ponderación", el "balance", de principios[75].

4. Complejidad

(i) Podemos llamar "simple" a un ordenamiento caracterizado por una única autoridad normativa ("el soberano") y por tanto por una única fuente normativa (digamos: "la ley")[76].

(ii) Podemos llamar "relativamente complejo" a un ordenamiento caracterizado por una pluralidad de autoridades normativas jerárquicamente ordenadas (por ejemplo: el Legislativo y el Ejecutivo), cada una de las cuales tiene el poder de producir fuentes de tipo distinto (por ejemplo: "Leyes" y "reglamentos") igualmente jerarquizadas[77].

(iii) Por el contrario, llamaremos "altamente complejo" a un ordenamiento caracterizado no sólo por una pluralidad de autoridades normativas jerarquizadas, sino también por una pluralidad de autoridades normativas del mismo nivel, esto es, ubicadas en el interior de un mismo grado jerárquico (por ejemplo, una pluralidad de órganos legislativos), cada una de las cuales tiene la competencia exclusiva para producir normas sobre materias

---

[72] *Supra*, apdo. 2.4.

[73] Metanorma *en sentido estricto* es una norma que tiene como objeto (no un acto normativo, sino) otra norma y/o la disposición que la expresa.

[74] Cfr. de nuevo Corte Const. it. 1146/1988.

[75] Cfr. R. Alexy, *Teoría de los derechos fundamentales*, Madrid, Centro de Estudios Constitucionales, 1993, 89 ss.; R. Guastini, *L'interpretazione dei documenti normativi*, cit., 216 ss.

[76] Cfr. H.L.A. Hart, *The Concept of Law,* cit., 89 ss–

[77] H. Kelsen, *Teoria generale del diritto e dello Statu*, cit., 125 ss.

distintas[78]. En este sentido, el ordenamiento italiano vigente tiene un carácter altamente complejo.

En un ordenamiento altamente complejo, el régimen jurídico de cada fuente del Derecho se caracteriza (entre otras cosas) por los dos rasgos siguientes:

(a) Por un lado, a cada fuente le viene asignado un ámbito de competencia material definido, de forma que esa fuente es competente para regular ciertas materias y no otras.

(b) Por otro lado, a cada fuente le viene asignada una determinada "fuerza", o sea una peculiar ubicación en la jerarquía material del ordenamiento, de forma que esa fuente no puede contener normas incompatibles con las expresadas por fuentes supraordenadas.

5. Sincronía y diacronía

Evidentemente, todo ordenamiento jurídico no es tanto un conjunto de normas determinado de una vez por todas, sino más bien un conjunto de normas *mutable*. No obstante, un conjunto mutable no es propiamente "un" conjunto, sino más bien una sucesión de conjuntos distintos[79].

De forma que un ordenamiento jurídico puede ser observado desde dos ángulos visuales distintos: el punto de vista sincrónico (o, si se quiere, estático) y el punto de vista diacrónico (o, si se quiere, dinámico)[80]. Llamaremos sincrónico al punto de vista de quien observa el ordenamiento en un instante determinado de su existencia histórica, haciendo abstracción de sus cambios en el tiempo. Y llamaremos diacrónico al punto de vista de quien observa el ordenamiento en su evolución histórica. Pues bien:

(i) Bajo el perfil sincrónico, un ordenamiento se presenta como un conjunto estático de normas. Pero tal conjunto de normas está fatalmente destinado a cambiar en el tiempo: cambia cada vez que. (a) se "expulsa" del ordenamiento una norma preexistente (mediante derogación o anulación); (b) se "introduce" una norma nueva; (c) se "sustituye" una norma existente[81]. De forma que:

---

[78] V. Crisafulli, "Gerarchia e competenza nel sistema costituzionale delle fonti", en *Revista trimestrale di diritto pubblico*, 1960, 775 ss.; Id., *Lezioni di diritto costituzionale*, Padova, CEDAM, vol. II, 1984, 195 ss.; A Ruggeri, *Gerarchia, competenza, e qualità nel sistema costituzionale delle fonti normative,* Milano, Giuffré, 1977.

[79] C.E. Alchourrón, E. Bulygin, *Análisis lógico y derecho,* Madrid, Centro de Estudios Constitucionales, 1991, 393 ss.

[80] J. Raz, *The Concept of a Legal System. An Introduction to the Theory of Legal System*, II ed., London, Oxford U.P., 1973

[81] Un ordenamiento jurídico visto desde el punto de vista sincrónico es, ciertamente, "un" conjunto de normas. Es, sin embargo, un "macro-conjunto": podemos llamarlo así para subra-

(ii) Bajo el perfil diacrónico, un ordenamiento se presenta no como un conjunto de normas, sino más bien como una secuencia dinámica de conjuntos (sincrónicos) de normas.

De esta forma, en el uso común, la locución 'ordenamiento jurídico' es ambigua[82]: a veces, designa un conjunto sincrónico de normas; en otras ocasiones, designa una secuencia diacrónica de conjuntos normativos sincrónicos[83].

Ahora bien, si desde el punto de vista sincrónico todo ordenamiento aparece como un conjunto "estático" de *normas*, desde el punto de vista diacrónico todo ordenamiento aparece por el contrario como (el resultado de) una sucesión "dinámica" de *actos normativos*, o sea, de actos que modifican el conjunto de normas –tal como existe en un instante dado– añadiendo, sustrayendo y sustituyendo normas. Son "actos normativos", en este sentido amplio, no sólo los actos que producen normas, sino también los actos que derogan normas o los que anulan normas (declarando su invalidez: ejemplo paradigmático, en nuestro ordenamiento, son las sentencias constitucionales "estimatorias").

6. El carácter mixto (estático-dinámico) de los ordenamientos jurídicos

Es pacífico que los ordenamientos jurídicos modernos tienen carácter dinámico, en el sentido que se ha dicho. Pero sería equivocado pensar que son *puramente* dinámicos: la verdad es que todos ellos son mixtos, es decir, estáticos y dinámicos al mismo tiempo.

Es puramente dinámico todo ordenamiento en el cual los criterios de existencia y validez de las normas son puramente "formales". Es formal todo criterio que prescinde del contenido de las normas, haciendo referencia exclusivamente al modo de producción de las propias normas (esto es, grosso modo, a la identidad del sujeto que las produce y eventualmente a

---

yar el hecho de que, habitualmente, los ordenamientos jurídicos son conjuntos muy amplios, constituidos por innumerables normas. Ahora bien, sucede que el ordenamiento jurídico en su totalidad, aunque sea con frecuencia objeto de especulación teórica y/o filosófica, es, sin embargo, de escaso interés para los juristas y operadores jurídicos. Estos, de ordinario, manejan conjuntos bastante más pequeños, o sea "micro-sistemas", que son subconjuntos del macro-conjunto general (C.E. Alchourrón, E. Bulygin, *Normative Systems,* Wien, Springer, 1971).

[82] Para obviar esta ambigüedad, en la literatura teórico-jurídica contemporánea hay quien ha propuesto usar la expresión 'sistema jurídico' para designar un conjunto sincrónico de normas, y reservar la expresión 'ordenamiento jurídico' para designar una secuencia diacrónica de sistemas sincrónicos (C.E. Alchourrón, E. Bulygin, *Análisis lógico y derecho*, cit., 393 ss.; E. Bulygin, *Norme, validità. Sistema normativi*, cit., 231 ss.).

[83] J.J. Moreso, P.E. Navarro, *Orden jurídico y sistema jurídico*, Madrid, Centro de Estudios Constitucionales, 1993.

los procedimientos de producción)[84]. Pues bien, ningún ordenamiento jurídico moderno es puramente dinámico, en este sentido, al menos por dos razones:

(i) En primer lugar, todos los ordenamientos jurídicos modernos incluyen un criterio de *invalidez* que hace referencia al contenido de las normas[85].

En virtud de tal criterio son normas inválidas no sólo las producidas de modo disconforme con las normas que regulan los procedimientos de producción de otras normas (invalidez formal), sino también aquellas que, aunque producidas "correctamente" bajo el perfil formal, son, sin embargo, incompatibles con normas jerárquicamente supraordenadas (invalidez material). Por ejemplo, en los ordenamientos con constitución rígida, es inválida toda ley que sea incompatible con la constitución; como, por lo demás, es inválido todo reglamento incompatible con la ley[86].

(ii) En segundo lugar, todos los ordenamientos jurídicos modernos incluyen un criterio de *validez* que hace referencia al contenido de las normas.

En virtud de tal criterio son normas válidas del ordenamiento no sólo las normas "explícitas" –o sea, las normas expresamente formuladas por una autoridad normativa competente siguiendo los procedimientos apropiados– sino también todas aquellas, que, aun inexpresadas, están "implícitas" (en sentido amplio: lógico o pseudológico[87]) en las primeras[88].

De forma que todos los ordenamientos jurídicos se presentan como atestados de normas inexpresadas, elaboradas por los juristas y por los órganos de aplicación, a pesar de que la doctrina y la jurisprudencia no sean fuentes "formales" del Derecho. Desde este punto de vista, la caracterización de los ordenamientos jurídicos como sistemas esencialmente dinámicos parece dejar de lado la dimensión *lato sensu* normativa –productora de normas– que es propia de la dogmática y de la jurisprudencia.

---

[84] H. Kelsen, *Introduction to the Problems of Legal Theory* (1934), Oxford, Oxford U.P., 56.

[85] R. Guastini, "Invalidity", en *Ratio Iuris*, 1994, 212 ss.

[86] Mejor dicho, en verdad, si extendemos el nombre de norma también a los preceptos singulares y concretos contenidos en la parte dispositiva de las decisiones jurisdiccionales (las llamadas "normas individuales"), entonces algunas normas deben ser no sólo compatibles con las normas supraordenadas, sino deducibles sin más de una norma supraordenada, so pena de invalidez (E. Bulygin, *Norme, validità, sistemi normativi*, cit, 1 ss.)). Por ejemplo, en todo Estado de Derecho es inválida toda decisión jurisdiccional que no sea deducible de una norma legislativa preexistente: "En todo delito se debe hacer por parte del juez un silogismo perfecto: la premisa mayor debe ser la ley general, la premisa menor la acción conforme o no a la ley, la consecuencia la libertad o la pena" (C. Beccaria, *Dei delitti e delle pene,* 1764, § IV).

[87] *Supra,* § 2.2.

[88] R. Caracciolo, *El sistema jurídico*, cit., 57 ss.; E, Bulygin, *Norme, validità, sistemi normativi*, cit., 235 ss.

7. El ordenamiento como "sistema"

La expresión 'ordenamiento jurídico' se usa comúnmente de forma inocente e irreflexiva, sin ningún *arrière pensée*: como sinónimo de "Derecho" (en sentido objetivo). Diciendo que el Derecho es ordenamiento, se trata de decir muy banalmente que el Derecho es un ordenamiento (normativo) de la conducta en cuanto "ordena": en el doble sentido de dar órdenes y de poner orden. A veces, sin embargo, diciendo que el Derecho es un ordenamiento, se quiere decir que el Derecho es un conjunto de normas él mismo *ordenado*: un "sistema", o sea, una unidad consistente y coherente[89].

7.1. Coherencia

La coherencia (*coherence*) exige que todas las normas pertenecientes al sistema puedan reconducirse: (a) desde el punto de vista formal, a un fundamento común de validez, o se a una sola norma última y suprema; (b) desde el punto de vista axiológico, a un único principio o a una única constelación de principios consistentes entre sí[90]. A este respecto, parecen oportunas dos observaciones.

(i) Es falso, como hemos visto, que todas las normas que componen un ordenamiento sean reconducibles a un fundamento común de validez: en el sentido de que todo ordenamiento incluye, junto a las normas válidas, también normas inválidas, y asimismo normas ni válidas ni inválidas.

(ii) Pero, sobre todo, la tesis de que todas las normas existentes comparten un fundamento axiológico común[91] es obviamente insostenible. Todo ordenamiento es el resultado de una gran variedad de doctrinas políticas y de políticas jurídicas, distintas y en conflicto entre sí. Y esto es verdadero incluso a nivel constitucional (aunque la constitución no sea más que un único texto normativo)[92]. De otra forma, algunos conflictos entre principios consti-

---

[89] Cfr. G. Tarello, *Cultura giuridica e politica del diritto,* Bologna, Il Mulino, 1988, 173 ss.

[90] G. Zagrebelsky, *Il diritto mite*, cit., 34: "Cualquier ordenamiento jurídico, para ser tal y no una mera suma de reglas, decisiones y disposiciones dispersas y ocasionales, debe expresar una coherencia intrínseca, o sea debe ser reconducible a principios y valores sustanciales unitarios". Cfr. N MacCormidk, "Coherente in Legal Justification", en A. Peckzenik *et al.* (eds.), *Theory of Legal Science*, Dordrecht, Reidel, 1984; Id., "Coherence in Legal Justification", en W. Krawietz *et al.* (eds.) *Theorie der Normen. Festgabe für Ota Weinberger zum 65. Geburtstag,* Berlin, 1984.

[91] De lo que, según Dworkin, se seguiría que toda cuestión de Derecho admite una, y sólo una, solución jurídicamente correcta. Cfr. R. Dworkin, *A Matter of Principle*, Cambridge (Mass.)– London, Harvard U.P., 1985, 119 ss.

[92] G. Zagrebelsky, *Il diritto mite*, cit., 35.

tucionales –ejemplo paradigmático, entre igualdad jurídica (art. 3, 1, Const. it.) e igualdad sustancial (art. 3, 2, Const. it.)– serían inexplicables[93].

7.2. Consistencia

La consistencia (*consistency*) exige algo menos que la coherencia: consiste simplemente en la carencia de antinomias, conflictos lógicos, incompatibilidades, entre normas. No obstante:

(a) Primero, las normas existentes en un ordenamiento han sido dictadas en tiempos distintos, en circunstancias distintas, por las más diversas autoridades normativas, siguiendo cada una de ellas una política jurídica propia (eventualmente en conflicto con la de otras autoridades). Tales normas no son consistentes, ni podrían serlo. Por tanto, en todo ordenamiento hay antinomias (y ello explica la existencia de esos criterios materiales de invalidez, de los que se hablaba antes[94]).

(b) Segundo, estas antinomias deben, ciertamente, ser resueltas (lo exigen el ideal de igualdad y el ideal de certeza del Derecho). Y es por esto por lo que todo ordenamiento incluye criterios de solución de antinomias, tales como "lex posterior" y "lex superior". Pero la existencia de tales criterios no implica que el ordenamiento sea consistente: implica que puede hacerse consistente, ser "sistematizado". Ausencia de antinomias y posibilidad de resolverlas son cosas completamente distintas: el "sistema", en efecto, aparece no como un dato de hecho, preconstituido a la dogmática (a la interpretación), sino como el resultado del trabajo dogmático (interpretativo)[95].

(c) Tercero, los criterios de solución de las antinomias no son susceptibles de una aplicación "mecánica".

En primer lugar, estos criterios presuponen interpretación de los textos normativos en cuestión, puesto que sólo la interpretación puede identificar las antinomias: no hay antinomias antes de la interpretación[96]. Es sabido que la interpretación puede evitar las antinomias (es el caso, por ejemplo, de la interpretación adecuadora). Pero si la interpretación puede evitar las antinomias, entonces también puede crearlas[97].

---

[93] Cfr. B. Celano, "Diritti, principi, e valori nello statu costituzionale di diritto: tre hipótesis di ricostruzione", en P. Comanducci, R. Guastini (eds.), *Analisi e diritto 2004. Ricercge di giurisprudenza analitica*, Torino, Giappichelli, 2005, 53 ss., quien argumenta la tesis de que los conflictos entre derechos, principios y valores constitucionales son de cualquier modo inevitables.

[94] *Supra*, § 6.

[95] Cfr. E. Bulygin, *Norme, validità, sistemi normativi*, cit., 220 ss.

[96] *Infra*, § 11.3.

[97] Cfr. R. Guastini, *Teoria e dogmatica delle fonti,*cit., 220 ss.

En segundo lugar, pueden surgir antinomias de segundo grado entre los propios criterios de solución (por ejemplo, entre "lex posterior" y "lex specialis"). Sin embargo, no existe ningún metacriterio positivo para resolver todas las antinomias de este tipo[98].

En tercer lugar, no hay criterios positivos para la solución de antinomias entre principios constitucionales[99] (la técnica del balance o de la ponderación, comúnmente empleada por los tribunales constitucionales, no está prescrita por ninguna norma positiva, y –dicho sea de pasada– no es la única técnica posible).

(d) Cuarto, el "sistema" jurídico, en consecuencia, no es otra cosa que el fruto de la actividad sistematizadora de los juristas.

Por otra parte, se habla de ordinario de sistema jurídico para referirse al ordenamiento en su conjunto. Desafortunadamente, sin embargo, un sistema jurídico de esta guisa simplemente no existe, desde el momento en que nunca ningún jurista ha ni siquiera intentado sistematizar todo el ordenamiento. Todo jurista se ocupa únicamente de conjuntos de normas bastante más pequeños –microconjuntos– recortados, dentro de un conjunto sincrónico, con arreglo a sus intereses científicos, prácticos, o didácticos[100]. Son microconjuntos de normas, en este sentido, tanto el Derecho constitucional como el Derecho de las obligaciones, tanto el Derecho de los contratos como la regulación de la compraventa, tanto la regulación del arrendamiento de inmuebles urbanos para uso habitacional como el conjunto de normas relevantes para la solución de una controversia específica. El ordenamiento jurídico en su conjunto es objeto de especulación por parte de los filósofos del Derecho, pero carece de todo interés para el trabajo de los juristas.

8. Ordenamientos centralizados y ordenamientos descentralizados

Hay que distinguir, siguiendo a Kelsen, dos tipos de ordenamientos: ordenamientos centralizados y ordenamientos descentralizados[101].

(i) Es centralizado todo ordenamiento que –como el Estado moderno– instituya órganos especializados (legislativos, ejecutivos, jurisdiccionales) para la producción y aplicación de sus propias normas[102].

---

[98] Cfr. N. Bobbio, "Des critères pour résoudre les antinomies", en *Dialectica*, 1964, 237 ss.

[99] Cfr. G Zagrebelsky, *Il diritto mite,* cit.

[100] Cfr. C. E. Alchourrón, E. Bulygin, *Normative Systems,* cit., 9 ss.

[101] H. Kelsen, *Teoria generale del diritto e dello Statu*, cit., 308 ss. Hago referencia aquí no a la centralización "estática" (relativa al ámbito de validez territorial de las normas), sino a la centralización ´"dinámica" (relativa a los modos de producción y aplicación de las normas).

[102] C. Leben, "De quelques doctrines de l'ordre juridique", cit.,

(ii) Es descentralizado un ordenamiento que –como el ordenamiento internacional– confíe enteramente la producción y la aplicación de sus normas a los destinatarios de las normas mismas.

Pues bien, de acuerdo con Kelsen, todo ordenamiento centralizado es un *Estado*.

Este modo de expresarse, en verdad, se aleja mucho del lenguaje común, que identifica el Estado no, literalmente, con el ordenamiento, sino más bien: (a) a veces, con el conjunto de sus órganos centrales competentes para la creación y aplicación del Derecho[103]; (b) otras veces, con la comunidad política subyacente[104]. Pero es innegable que la existencia de un ordenamiento centralizado es –también desde el punto de vista del Derecho internacional positivo– condición necesaria y suficiente para la existencia de un Estado[105].

9. Formación, contenido y extensión del ordenamiento

Todo ordenamiento jurídico puede ser contemplado útilmente al menos desde tres distintos puntos de vista: el punto de vista de sus modalidades de formación, el de su contenido y el de su extensión.

9.1. El modo de formación

El Derecho –Kelsen ha insistido en ello– regula entre otras cosas también su propia creación, o sea, el modo de formación del Derecho mismo, El modo de formación del ordenamiento está establecido por un subconjunto de las normas secundarias: las metanormas que regulan la creación del Derecho, o sea, la producción de (otras) normas, confiriendo poderes

---

[103] M. Troper, "Reflexions autour de la théorie kelsenienne de l'État », en Id., *Pour une théorie juridique de l'État*, Paris, PUF, 1994, espec. 136. Cfr. Leben, « L'État au sens du droit international et l'État au sens du droit interne (À propos de la théorie de la double personnalité de l'État), en *Studi di diritto internazionale in onore di Gaetano Arangio-Ruiz*, Napoli, ESI, 2004. Bien entendido, Kelsen no es desconocedor del lenguaje común : véase, por ejemplo, lo que escribe en « L'idea del diritto naturale » (1927-1928), en H. Kelsen, *Dottrina dello Stato*, ed. de A. Carrino, Napoli, ESI, 1994, 126, donde distingue con inusual claridad entre "el Estado en el sentido amplio de un ordenamiento coactivo"y "el Estado en el sentido estricto de una 'organización' coactiva".

[104] Pero obsérvese que es exacta la observación de Kelsen de que el ordenamiento jurídico es *constitutivo* de la "comunidad política", en el sentido de que lo único que liga a los miembros de la "comunidad" no es nada más que esto: su común sujeción a un mismo ordenamiento. H. Kelsen, *Teoria generale del diritto e dello Stato*, cit., 186 ss.

[105] Kelsen parece confundir la identidad ontológica (el ente A no es otra cosa que el ente B) con la equivalencia lógica (la proposición p es verdadera si, y sólo si, es verdadera la proposición q). En otras palabras, no es que Estado y ordenamiento centralizado sean "la misma cosa", pero la proposición de que una comunidad constituye un Estado es verdadera si, y sólo si, es igualmente verdadera la proposición de que esa comunidad está gobernada por un ordenamiento centralizado.

normativos y regulando su ejercicio. Tales metanormas –las "normas sobre la producción jurídica", en el léxico de la doctrina italiana[106]– no son otra cosa que la "constitución material" (en uno de los muchos sentidos de esta expresión) del propio ordenamiento.

El análisis del modo de formación del ordenamiento permite distinguir entre Estados democráticos y Estados autocráticos[107].

(a) Se llama democrático a un Estado en el que las normas son creadas por los mismos sujetos a quienes están dirigidas, directamente (democracia directa) o indirectamente por medio de órganos electivos (democracia representativa).

(b) Se llama autocrático a un Estado en el que las normas son creadas sin la participación de los sujetos a quienes están dirigidas.

9.2. El contenido

El contenido del ordenamiento jurídico está constituido por el conjunto de las situaciones jurídicas subjetivas (poderes, derechos, obligaciones, etc.) que sus normas, primarias y secundarias, establecen.

El análisis del contenido del ordenamiento es la clave para comprender la distinción entre Estado constitucional y Estado absoluto (véase el art. 16 de la *Déclaration des droits de l'homme et du citoyen,* 1789: "Toda sociedad en la que no esté asegurada la garantía de los derechos ni determinada la separación de poderes, no tiene Constitución").

(i) Se llama constitucional[108] a un Estado en el que: (a) el poder político (o sea, concretamente, los poderes de creación y de aplicación de las normas) está distribuido entre una pluralidad de órganos que, de acuerdo con la enseñanza de Montesquieu, se controlan y se "frenan" recíprocamente; (b) están conferidos y garantizados a los ciudadanos algunos derechos de libertad (la libertad personal, de conciencia, de reunión, de asociación, de prensa, etc.)

(ii) Se llama absoluto a un Estado que no satisfaga conjuntamente estas dos condiciones.

9.3. La extensión

Un ordenamiento puede ser más o menos extenso (se trata, evidentemente, de una cuestión de grado) según el número de supuestos de hecho o, desde otro punto de vista, según el número de comportamientos, que regula[109].

---

[106] T. Perassi, *Introduzione alle scienze giuridiche*, Padova, CEDAM, 1953.

[107] H. Kelsen, *La democracia*, ed. de Barberis, Bologna, Il Mulino, 1998.

[108] O "liberal", en un primer sentido de esta palabra.

[109] H. Kelsen, *La teoria politica del bolscevismo(e altri saggi)*, ed. de R. Guastini, Milano, Il saggiagtore, 1981, 38 s.

El análisis de la extensión del ordenamiento es la clave de la distinción entre Estados liberales y Estados totalitarios.

(i) Es liberal[110] un Estado en el que sólo un área relativamente circunscrita de la conducta humana está regulada por el ordenamiento, de forma que una gran cantidad de comportamientos –especialmente los referentes a la producción y distribución de la riqueza– no está regulada y es, en ese sentido, "libre"[111].

(ii) Es totalitario un Estado en el que tendencialmente todos los comportamientos humanos están sujetos a normas jurídicas.

10. Relaciones entre ordenamientos

Dos ordenamientos pueden mantener entre sí dos tipos de relaciones[112]: independencia recíproca, o bien supraordenación-subordinación.

(a) Un ordenamiento, O1, está subordinado a otro ordenamiento, O2, cuando su norma suprema –es decir, su primera constitución– es, al mismo tiempo, una norma perteneciente a O2[113]. Recíprocamente, un ordenamiento O2 está supraordenado a otro ordenamiento, O1, cuando incluye en sí la norma suprema de O1.

En otros términos, un ordenamiento subordinado no es, en rigor, un ordenamiento (independiente): es, más bien, parte de otro ordenamiento, o sea, un ordenamiento "parcial". Un ordenamiento supraordenado, por su parte, es el ordenamiento "total" que engloba en sí al ordenamiento subordinado.

Por ejemplo, un ordenamiento regional está subordinado al ordenamiento estatal (del cual, precisamente, "forma parte"); el ordenamiento de un Estado federal está supraordenado a los ordenamientos de los Estados

---

[110] "Liberal" en un segundo sentido de esta palabra.

[111] Se trata, por así decirlo, de una libertad "natural", prejurídica: un "espacio vacío de Derecho" (K. Bergbohm, *Jurisprudenz und Rechtsphilosophie*, Leipzig, 1892).

[112] Cfr. N. Bobbio, *Teoria dell'ordinamento giuridico,* Torino, Giappichelli, 1960, cap. V; H. Kelsen, *Teoria generale del diritto e dello Statu*, cit., 378 s. Pero, para Kelsen, dos ordenamientos que no mantengan entre sí ninguna relación jerárquica, pueden únicamente ser (no ya independientes, sino) coordinados, o sea, subordinados ambos a un tercer ordenamiento. Dos ordenamientos independientes son, para él, inconcebibles desde el punto de vista de una ciencia que (como la ciencia jurídica) describa normas. Esto por la razón siguiente. Toda ciencia de normas describe normas válidas. Pero, en Kelsen, la validez no es otra cosa que la obligatoriedad o fuerza vinculante: o sea, decir que una norma es válida es decir que debe ser obedecida (paso por alto el hecho de que, así entendido, un juicio de validez no es en absoluto un enunciado descriptivo). Ahora bien, evidentemente, no pueden ser simultáneamente válidas –o sea, obligatorias– las normas pertenecientes a dos ordenamientos distintos y no relacionados (como, por ejemplo, el Derecho y la moral): si se debe obedecer a uno, no se puede obedecer al otro, y viceversa (al menos cada vez que las respectivas normas entren en conflicto).

[113] En el cual puede ocupar, indiferentemente, la posición de norma suprema o la posición de norma dependiente.

miembros. Según la perspectiva –defendida por ejemplo por Kelsen[114]– que se conoce con el nombre de "monismo", los ordenamientos estatales están subordinados al ordenamiento internacional.

(b) Dos ordenamientos, O1 y O2, son recíprocamente independientes cuando, banalmente, *no* mantienen ninguna relación de supraordenación-subordinación. En otras palabras: O1 es independiente de O2 si, y sólo si, su norma suprema *no* pertenece a O2; y, recíprocamente, O2 es independiente de O1 si, y sólo si, su norma suprema *no* pertenece a O1.

Son recíprocamente independientes, en este sentido, los distintos ordenamientos estatales[115], como también, en el ámbito de un ordenamiento estatal, los diversos ordenamientos regionales[116]

11. Los "problemas" del ordenamiento

Tradicionalmente, bajo la rúbrica de "problemas" del ordenamiento se discute si los ordenamientos jurídicos son completos (o incompletos) y consistentes (o inconsistentes)[117].

Se llama completo a un ordenamiento carente de lagunas.

Se llama consistente a un ordenamiento carente de antinomias.

11.1. Lagunas

En la doctrina, se habla de "lagunas" haciendo referencia al menos a cuatro fenómenos distintos.

(1) *Lagunas normativas*. Se dice que en un ordenamiento hay una laguna normativa siempre que se presente un supuesto de hecho –abstracto o concreto, según los casos– para el que ninguna norma del ordenamiento prevé una consecuencia jurídica[118]. Hay que decir, sin embargo, que la existencia

---

[114] H. Kelsen, *Teoria generale del diritto e dello Stato,* cit., 368 ss.; Id., *La doctrina pura del diritto*, cit., 365 ss. La tesis opuesta ("dualista"), según la cual ordenamientos estatales y ordenamiento internacional son recíprocamente independientes, es sostenida, por ejemplo, por D. Anzilotti, *Corso di diritto internazionale, I. Introduzione. Teorie generali,* IV ed., Padova, 1955. El problema se discute en R. Guastini, *Lezioni di teoria costituzionale,* Torino, Giappichelli, 2001, cap. IV.

[115] Según la tesis monista, a la que se ha aludido antes, los ordenamientos estatales son no ya independientes, sino coordinados (al estar todos ellos subordinados al ordenamiento internacional).

[116] Estrictamente hablando, diría Kelsen, los distintos ordenamientos regionales son entre ellos no ya independientes, sino coordinados (al estar todos ellos subordinados al ordenamiento estatal).

[117] Cfr. N. Bobbio, *Teoria generale del diritto*, cit., 201 ss, 237 ss.

[118] C.E. Alchourrón, E. Bulygin, *Normative Systems,* cit.

El concepto de laguna es una variable dependiente del modo de concebir las normas jurídicas. Para los que conciben las normas jurídicas como calificaciones del comportamiento ("El

de lagunas normativas es cosa controvertida: en el sentido de que está difundida en la doctrina la teoría de que todo ordenamiento es normativamente completo y que, por tanto, las únicas lagunas existentes tienen carácter axiológico[119].

(2) *Lagunas técnicas.* Se dice que un ordenamiento presenta una laguna técnica cuando falta en él una norma cuya existencia es condición necesaria para la eficacia de otra norma[120]. Por ejemplo: una norma prescribe la convocatoria periódica de un órgano, pero ninguna norma determina qué sujeto es competente para convocarlo; una norma establece un cierto órgano electivo, pero ninguna norma establece qué sistema electoral debe adoptarse, etc.[121]

(3) *Lagunas axiológicas.* Se dice que un ordenamiento presenta una laguna axiológica (o deontológica, o ideológica, como también se suele decir) cuando un determinado supuesto de hecho –entiéndase bien– *está,* sí, regulado, pero está regulado de forma *insatisfactoria*, ya que "falta" en el ordenamiento no una norma cualquiera, sino una norma "justa"[122]. ¿En qué sentido? En este contexto, por norma "justa" pueden entenderse, según las circunstancias, dos cosas sensiblemente distintas[123]: o una norma que es requerida *por el sentido*

---

comportamiento x es obligatorio", "El comportamiento y está prohibido", "El comportamiento z está permitido, etc.), las lagunas se presentan como comportamientos no calificados. Para los que, por el contrario, conciben las normas como enunciados que conectan supuestos de hecho a consecuencias jurídicas, las lagunas se presentan como supuestos de hecho para los cuales no se encuentra dispuesta ninguna consecuencia jurídica. Este último es el punto de vista adoptado en el texto.

Las lagunas normativas no deben confundirse con las lagunas llamadas "de reconocimiento" (C.E. Alchourrón, E. Bulygin, *Normative Systems*, cit., 31 ss.). Grosso modo: se tiene una laguna normativa cuando hay un supuesto de hecho para el que ninguna norma dispone una consecuencia jurídica (o, dicho de otra forma, cuando un "caso" carece de solución); se tiene una laguna de reconocimiento cuando es indecidible cuál sea la consecuencia jurídica conectada a un determinado supuesto de hecho a causa de la indeterminación del lenguaje en que están formuladas las normas.

[119] Véase *infla*, el punto (3).

[120] A. G. Conte, *Saggio sulla completezza degli ordinamenti giuridici,* Torino, Giappichelli, 1962, 43 s.

[121] Otros ejemplos macroscópicos pueden verse en la Constitución italiana vigente: "faltan" las normas sobre la organización de la Corte constitucional y sobre el proceso constitucional (condiciones de eficacia de los artículos 134 a 137 de la Constitución: véanse las leyes constitucionales 1/1948 y 1/1953 y la ley 87/1953), "faltan" las normas sobre la constitución y el funcionamiento del Consejo superior de la magistratura (condiciones de eficacia de los artículos 104 a 107 de la Constitución: véase la ley 195/1958, varias veces modificada a continuación, hasta la ley 44/2002), etc.

[122] N. Bobbio, *Contributi ad un dizionario giuridico*, cit., 96 s.

[123] Cfr. C. E. Alchourrón, E. Bulygin, *Normative Systems*, cit., cap VI; G. Parodi, *La sentenza additiva a dispositivo generico,* Torino, Giappichelli, 1996, 131 ss.

de justicia del intérprete[124], o una norma cuyo dictado es requerido *por otra norma* (superior)[125]. El punto merece algunas palabras de aclaración.

(i) En cuanto al primer caso (falta de una norma requerida por el sentido de justicia del intérprete), se puede imaginar el ejemplo siguiente. Supongamos que una disposición reconoce una consecuencia jurídica cualquiera al supuesto de hecho "daño no patrimonial" ("Si daño no patrimonial, entonces x"). El intérprete que quiera argumentar la presencia de una laguna axiológica razonará más o menos del modo siguiente. A pesar de que la disposición bajo examen, entendida literalmente, regula todo tipo de daño sin distinción, hay, si bien se mira, dos tipos bien distintos de daños no patrimoniales: los daños morales y los daños biológicos, que merecen regulaciones distintas (es esta la técnica de la "disociación"[126]). La disposición en cuestión debe pues entenderse como sujeta a una excepción implícita: "Si daño no patrimonial, a menos que se trate de daño biológico, entonces x". De forma que la consecuencia jurídica x se aplica sólo a una subclase de los daños no patrimoniales: los daños morales (interpretación restrictiva). En consecuencia, el supuesto de hecho "daño biológico" queda sin regulación: el ordenamiento es, en suma, incompleto en relación a este supuesto de hecho.

(ii) En cuanto al segundo caso (falta de una norma requerida por otra norma), se puede sostener, por ejemplo, que hay una laguna axiológica en las dos circunstancias siguientes, que constituyen casos paradigmáticos de violación del principio de igualdad (art. 3, 1 de la Constitución italiana), tal como es comúnmente entendido en la jurisprudencia constitucional: los casos iguales deben ser tratados de la misma forma, los casos distintos deben ser tratados de forma distinta[127].

(a) El legislador *no* ha tomado en consideración una diferencia (a juicio del intérprete) "relevante" entre dos supuestos de hecho, y ha establecido

---

[124] Es esta la noción corriente de laguna axiológica (cfr. N. Bobbio, *Contributi ad un dizionario giuridico*, cit., 96 s.).

[125] Por ejemplo, el art. 81, 4 de la Constitución italiana exige que las cámaras, siempre que aprueben una norma (legislativa) que conlleve nuevos o mayores gastos respecto de los ya previstos en el presupuesto, aprueben también una norma que indique los medios para hacerles frente. El principio constitucional de igualdad (art. 3, 1, de la Constitución italiana) como veremos en seguida, puede exigir, según las circunstancias, o que el legislador aprueba una norma igualadora (en ausencia de la cual casos iguales serían tratados de formas distintas), o que el legislador apruebe una norma diferenciadora (en ausencia de la cual casos distintos serían tratados de forma igual).

[126] R. Guastini, *L'interpretazione dei documenti normativi,* cit., 163 ss.

[127] Los dos casos son axiológicamente equivalentes, puesto que en ambos se viola el principio de igualdad (art. 3, 1, Constitución italiana), entendido como doble obligación (a) de tratar de la misma forma supuestos de hecho iguales y (b) de tratar de forma distinta supuestos de hecho distintos.

para ambos la misma regulación, *omitiendo* así adoptar una norma diferenciadora: de modo que a supuestos de hecho "sustancialmente" distintos se conecta una misma consecuencia jurídica.

(b) El legislador, al regular un determinado supuesto de hecho, ha *omitido* regular la misma forma otro supuesto de hecho, juzgado por el intérprete como "sustancialmente" igual al primero: o sea, el legislador ha omitido adoptar una norma igualadora, de modo que a supuestos de hecho "sustancialmente" iguales se conectan consecuencias jurídicas distintas[128].

(4) *Lagunas institucionales*. Se dice, finalmente, que un ordenamiento jurídico –entendido no ya como conjunto de normas, sino como complejo de "instituciones"[129]– presenta una laguna institucional cuando, por causas *de hecho*, desaparece una de las instituciones que son esenciales para su funcionamiento.

Por ejemplo: se crea una laguna institucional cuando, en un Estado monárquico, se extingue la dinastía reinante, hasta que no se proceda a dar otro titular a la corona, o no se instaure una nueva forma de Estado; se crea una laguna institucional cuando una abstención persistente del cuerpo electoral impide la formación de la cámara electiva[130].

En el ordenamiento constitucional italiano vigente, se produciría una laguna institucional si, por ejemplo, el Presidente de la República o las Cámaras omitieran sustituir a los jueces constitucionales, de nombramiento respectivamente presidencial y parlamentario, cesados[131].

11.2. Antinomias

Se pueden distinguir dos tipos fundamentales de antinomias: antinomias "en abstracto" (o necesarias) y antinomias "en concreto" (o contingentes). Hablando en general, las primeras son relativamente raras; las segundas, por el contrario, son extremadamente frecuentes[132].

---

[128] C. E. Alchourrón, E. Bulygin, *Normative Systems*, cit., 106 ss.

[129] *Supra,* § 1.2.

[130] El concepto y los ejemplos son reconducibles a S. Romano, "Osservazioni sulla completezza dell'ordinamento statale", cit.

[131] Distinta es la situación que se crearía si fueran meramente derogadas (o sea, derogadas y no sustituidas), las normas que regulan la formación de un órgano constitucional. Se trataría, en este caso, no de una laguna institucional, sino de una laguna técnica (la cual, por su parte, podría generar una laguna institucional). Véase al respecto la jurisprudencia constitucional en materia de referéndum derogatorio (especialmente sentencia de la Corte constitucional 29/187).

[132] R. Guastini, *Teoria e dogmatica delle fonti,* cit., 218 s. Adviértase que las antinomias entre principios constitucionales son típicamente antinomias en concreto.

(i) *Antinomias en abstracto*. Se tiene una antinomia "en abstracto" siempre que dos normas conectan consecuencias jurídicas incompatibles a supuestos de hecho abstractos (o sea, a *clases* de supuestos de hecho concretos) que se superponen (en todo o en parte) *conceptualmente*. De forma que la antinomia puede ser ya identificada en sede de interpretación textual, "en abstracto", sin que sea preciso imaginarse un supuesto de hecho concreto. Si, por ejemplo, una primera norma prohíbe el aborto y una segunda norma permite el aborto terapéutico, la antinomia puede ser reconocida "en abstracto", con independencia de todo supuesto de hecho concreto, desde el momento en que la clase de los abortos terapéuticos está *conceptualmente* incluida en la clase de los abortos sin especificaciones.

(ii) *Antinomias en concreto*. Se tiene una antinomia "en concreto" cuando dos normas conectan consecuencias jurídicas incompatibles para un mismo supuesto de hecho *concreto,* Esto sucede siempre que un supuesto de hecho concreto (o una subclase de supuestos de hecho concretos) cae simultáneamente bajo dos clases de supuestos de hecho, no obstante *conceptualmente independientes*, para los cuales el Derecho establece consecuencias jurídicas incompatibles. De forma que la antinomia puede identificarse sólo en sede de aplicación de las normas a un caso concreto (al cual precisamente, por casualidad, son aplicables ambas). Por ejemplo: una primera norma dispone que es obligatorio detener el coche frente a un semáforo en rojo; una segunda norma prohíbe detener el coche en las proximidades de instalaciones militares. Los supuestos de hecho regulados por las dos normas (respectivamente: "semáforo en rojo" y "proximidades de instalaciones militares") carecen conceptualmente de relación, de forma que entre las dos normas no se da, en abstracto, ninguna antinomia. Para que una antinomia se presente, sin embargo, es necesario y suficiente con que alguien tenga la poco brillante idea de ubicar un semáforo cerca de una instalación militar[133].

Las antinomias en abstracto dependen, por así decirlo, de la estructura conceptual del discurso legislativo, mientras que las antinomias en concreto dependen de la estructura del mundo[134].

Desde otro punto de vista, las clases de supuestos de hecho regulados por las dos normas antinómicas pueden superponerse completa o parcialmente[135]. Así pues, tendremos:

---

[133] J. L. Rodríguez, *Lógica de los sistemas jurídicos*, Madrid, Centro de Estudios Constitucionales, 2002, 93, de donde extraigo el simpático ejemplo.

[134] Las antinomias en cuestión tienen lugar entre dos normas "por la accidental configuración, en la realidad, de aquello sobre lo que las normas versan" (T. Mazzarese, "Antinomia", en *Digesto*, IV ed., Torino, UTET, 1987).

[135] A. Ross, *On Law and Justice*, London, Stevens, 1958, 128 ss.; G. Tarello, *L'interpretazione della legge*, cit., 143; P. Chiassoni, *La giurisprudenza civile. Metodi d'interpretazione e tecniche argomentative,* Milano, Giuffré, 1999, 276 ss.

(a) *Antinomias totales*. Se da superposición total cuando las dos normas conectan consecuencias incompatibles a la *misma* clase de supuestos de hecho. Por ejemplo, una norma califica como lícita y otra califica como ilícita la fecundación asistida.

En cuanto a la superposición parcial, puede ser de dos tipos.

(b) *Antinomias parciales unilaterales*. En primer lugar, puede suceder que la clase de supuestos de hecho regulada por una norma esté enteramente incluida en la clase de supuestos de hecho regulados de forma incompatible por la otra. Retomemos el ejemplo utilizado antes: una norma N1 prohíbe el aborto sin ulteriores especificaciones (o sea, toda la clase de los abortos); otra norma N2 permite el aborto terapéutico (que es una subclase de los abortos). No se da antinomia cuando están en discusión abortos no terapéuticos (prohibidos por N1), pero sí se da antinomia cuando están en discusión abortos terapéuticos, que están permitidos por N2 pero prohibidos por N1.

(c) *Antinomias parciales bilaterales*. En segundo lugar, puede suceder que las dos clases de supuestos de hecho se entrecrucen, de forma que algunos, *pero sólo algunos*, de los supuestos de hecho regulados por una norma coincidan con algunos, *pero sólo algunos*, de los supuestos de hecho regulados de forma incompatible por la otra. Por ejemplo, una norma N1 establece una regulación cualquiera del supuesto de hecho "reglamentos", mientras que otra norma N2 establece una regulación incompatible para el supuesto de hecho "actos ministeriales"[136]: no se da antinomia cuando estén en discusión actos ministeriales no reglamentarios (regulados sólo por N2), o reglamentos no ministeriales (regulados sólo por N1); pero sí se da antinomia cuando estén en discusión reglamentos ministeriales (regulados de forma incompatible tanto por N1como por N2).

11.3. Lagunas, antinomias, interpretación

Dicho esto, es preciso, sin embargo, aclarar que plenitud y consistencia no son propiedades, digamos, intrínsecas de un ordenamiento, previas a la interpretación. Y en tal sentido no constituyen propiamente "problemas" del ordenamiento: si se mira bien, las lagunas y las antinomias son más bien otros tantos capítulos de la teoría de la interpretación.

(i) En primer lugar, lagunas y antinomias pueden *prevenirse* por medio de la interpretación: en el sentido de que los textos normativos de que se trate pueden ser interpretados de forma tal que no se presente ninguna laguna ni antinomia.

---

[136] Se sobreentiende que algunos reglamentos (pero no todos) son actos ministeriales, y que algunos actos ministeriales (pero no todos) son reglamentos.

(ii) En segundo lugar, lagunas y antinomias, del mismo modo que pueden ser evitadas a través de la interpretación, también pueden ser *producidas* a través de la interpretación: en el sentido de que los textos normativos de que se trate pueden ser interpretados de forma tal que se presente una laguna o una antinomia[137].

(iii) En tercer lugar, y en consecuencia, la identificación de una laguna o de una antinomia *presupone la interpretación*: no se dan lagunas ni antinomias antes de la interpretación; unas y otras pueden presentarse únicamente cuando la interpretación ya ha tenido lugar.

Sin embargo, puesto que lagunas y antinomias son fruto de la interpretación o, en todo caso, lógicamente siguen –no preceden– a la interpretación, lagunas y antinomias dan lugar no propiamente a un problema interpretativo, sino a un problema de otra naturaleza. Esto por dos razones.

Por un lado, por la razón banal de que si se presenta la laguna o la antinomia, se presenta sólo cuando la interpretación ya ha sido llevada a cabo[138].

Por otro lado, por la razón no banal de que para colmar una laguna es preciso integrar el Derecho, o sea, crear Derecho nuevo (pero la producción de una norma nueva, idónea para colmar una laguna, es cosa conceptualmente distinta de la interpretación de una disposición preexistente); y para resolver una antinomia es preciso eliminar una de las dos normas en conflicto (pero, de nuevo, la eliminación de una norma es cosa conceptualmente distinta de la interpretación de una disposición).

(Trad. de Manuel Atienza y Juan Ruiz Manero)

---

[137] Ejemplo paradigmático de creación interpretativa de una laguna: considérense las posibles interpretaciones del artículo 89, 1 de la Constitución italiana, que exige que los actos del Jefe del Estado sean refrendados por los "ministros proponentes". Si se entiende esta disposición en el sentido de que se refiere sólo a los actos que el Jefe del Estado lleva a cabo, precisamente, siguiendo una propuesta ministerial, se presenta una laguna: la Constitución no regula en ningún modo los actos que el Presidente lleva a cabo por su propia iniciativa (en ausencia de propuestas ministeriales). Pero, si por el contrario se la interpreta en el sentido de que se refiere a todos los actos presidenciales sin excepciones, la laguna desaparece mágicamente: ya que, desde este punto de vista, simplemente no se dan actos presidenciales que no sean precedidos de propuesta ministerial. Cfr. F. Sorrentino, "I principi generali dell'ordinamento giuridico nell'interpretazione e nell'aplicazione del diritto", en *Diritto e società*, 1987, 185 s.

[138] Bien entendido, es en sentido lógico, y no cronológico, en el que se dice que las antinomias y las lagunas "siguen" –no "preceden"– a la interpretación.

"ENTIMEMAS"

Luis Vega Reñón
UNED, Madrid

RESUMEN. Este artículo analiza el concepto de entimema, un argumento habitual tanto en la vida cotidiana como en la historia y estudios tradicionales de la argumentación. La versión tradicional de entinema, a diferencia de la concepción aristotélica, lo conceptúa como un silogismo incompleto, cuya carencia de alguna premisa más o menos implícita exige la reconstrucción cabal del argumento en orden a su convalidación. Para el autor, ésta es una visión trivial que analiza el entinema exclusivamente desde el punto de vista lógico de la argumentación y al margen de su contexto pragmático. Por ello, alternativamente, plantea un tratamiento del entinema acorde con la actual teoría de la argumentación, integrando las perspectivas dialéctica y retórica. Así, el entinema se presenta como un razonamiento plausible (no es aserción de conocimiento propiamente dicha), rebatible (por una contraprueba o contra-argumentación) y persuasivo (inclusión del auditorio en la integración de las premisas y en la asunción de la conclusión).

ABSTRACT. This paper analyzes the concept of enthymeme, an argument which is usual in daily life as well as in the history and traditional studies of argumentation. The traditional version, in contrast with that of Aristotle´s, conceives enthymeme as an incomplete syllogism, whose lack of any premise, however implicit, demands a full reconstruction of the argument in order to convalidate it. For the author, this last is a trivial vision which only analyzes enthymeme from the logical point of view of argumentation, not taking into account its pragmatic context. Thus, instead, he puts forward an approach to enthymeme in line with the current theory of argumentation, integrating the dialectical and rhetorical perspectives. In this way, enthymeme is presented as reasoning which is plausible (it is not, strictly speaking, an assertion of knowledge), refutable (by proof or argumentation to the contrary) and persuasive (the audience is included in the integration of the premises and in the assumption of the conclusion).

El entimema es un personaje habitual en las historias y estudios tradicionales de la argumentación. Esta popularidad le ha permitido salir del recinto escolar de la lógica y pasar a nuestros diccionarios con el significado de silogismo abreviado en el que se omite una de las premisas por ser evidente o darse por sobrentendida. Son entimemas en este sentido unos argumentos como "Los gatos son felinos, luego son mamíferos", "Luce el sol, luego es de día", "El detenido ha confesado, luego es culpable". A partir de ahí sería fácil dar un paso más y generalizar la denominación de entimema a cualquier argumento con una asunción implícita o algún supuesto tácito. Pero tal generalización le llevaría a morir de éxito, pues todo argumento expreso es la trascripción parcial de una argumentación, representa la punta de un iceberg discursivo. Entonces, como toda argumentación se mueve dentro del juego entre lo explícito y lo implícito –siendo una forma de conversación, es un compromiso entre lo que se dice, lo que se quiere decir y lo que se transmite sin querer–, todo argumento resulta efectivamente entimemático. Así que, en defintiva, al ser todo entimemas, nada habría que mereciera nuestra atención porque lo fuera.

Está claro, pues, que al interesarnos por los entimemas, no nos interesa cualquier argumento con omisiones o implícitos, sino algunos de ellos con unos rasgos inferenciales y discursivos de significación especial. Lo cual tampoco supone limitarnos a considerar "silogismos" o deducciones; podemos reconocer la condición de entimemas a otras muchas clases de argumentación, e.g. del tipo "Como aún no ha respondido a la invitación, quizás siga enfadado" o del tipo "Ud. tiene todo el derecho a la seguridad y a la fiabilidad mecánica: confíe en X, ingeniería alemana". En suma, no hace falta llegar hasta el extremo de la generalización trivial para que, en medio de una conversación o en el curso de una discusión o en el propio entorno publicitario, podamos sentirnos rodearnos de entimemas.

Pero *familiaridad* no equivale a *conocimiento* y, en particular, nuestra convivencia con los entimemas no implica que sus características argumentativas estén fijadas con precisión o su papel discursivo esté bien definido o, en fin, sepamos a qué responden su notoriedad y su relevancia. Lo que sigue es un intento de mejorar nuestro entendimiento de los entimemas y nuestro trato con ellos, pues lo cierto es que son inevitables.

Para empezar, supongo que buena parte del interés del entimema reside en su valor sintomático. Es decir, el entimema [*i*] viene a reflejar ciertos cambios significativos en la historia de la argumentación, y [*ii*] no deja de ser una piedra de toque paradigmática de nuestras posibilidades y limitaciones de análisis de la argumentación. Ambos motivos van a orientar unas consideraciones que discurrirán en torno a estos tres puntos: 1º/ la fundación

aristotélica del entimema y de algunas ideas conexas; 2º/ la versión tradicional del entimema como argumento-producto y su tratamiento reductivo; 3º/ la versión y el tratamiento alternativos que cabe hacer hoy en día mediante su análisis lógico en la línea de la argumentación "rebatible (*defeasible*)", y en orden a la recuperación o reivindicación de otros aspectos dialécticos y del rendimiento retórico olvidados por la tradición escolar post-aristotélica. Los tres puntos pueden ilustrar el primer motivo, los cambios históricos mencionados en [*i*]; pero, naturalmente, será el tercero el más pertinente para el segundo motivo, el relativo a nuestros recursos y nuestras orientaciones analíticas actuales [*ii*].

Por otro lado, cabe suponer que los entimemas también revisten especial interés para el jurista tanto desde un punto de vista teórico, como desde un punto de vista práctico. Y no sólo en la medida en que un jurista, al ser un argumentador profesional, tendrá que desempeñarse como un perito en entimemas, sino quizás por otros motivos específicos. Por ejemplo, los entimemas, en su versión tradicional, son el contexto "natural" –digamos– del funcionamiento argumentativo de los tópicos y, desde mediados del pasado siglo cuando menos [Viehweg 1953], parece asentado el lugar común de unas estrechas relaciones entre la tópica y la jurisprudencia.

Pero a partir de aquí, es decir desde un principio, Uds. y yo nos repartiremos el trabajo: yo me voy a ocupar de la perspectiva lógica, dialéctica y retórica del asunto, y Uds. verán si los resultados o las directrices que me atreveré a sugerir al final tienen sentido y hallan aplicación en una perspectiva jurídica.

1. Aristóteles: la idea de entimema y nociones conexas

La idea de *entimema* –en el sentido de *enthýmēma* que nos interesa– es una contribución del análisis metadiscursivo de Aristóteles. Aparece en el contexto de las pruebas discursivas y suasorias propias de la retórica: el entimema corresponde en retórica al silogismo en dialéctica –como el ejemplo se corresponde a su vez con la inducción–. «Llamo *entimema* al silogismo retórico y *ejemplo* a la inducción retórica» (*Rhet*. 1356b4-6). Los entimemas, en particular, constituyen «el cuerpo de la persuasión» (1354a15).

Así pues, en general, es una especie de "silogismo", entendido en el sentido amplio de deducción en la que, dadas determinadas cosas, se sigue [*symbaínein*] alguna otra por darse ellas bien de modo universal [*kathólou*] o bien por lo regular –normalmente, en la mayoría de los casos– [*epì tò polý*] (1356b16-18). También cumple las condiciones silogísticas de no redundancia –en el sentido de descartar las inferencias reflexivas, del tipo "α, β…; luego, α"–, y de pertinencia –en el sentido de excluir en la conclusión

términos que no hayan comparecido en las premisas–[1]. Sin embargo, conviene tener ciertas reservas sobre su carácter supuestamente deductivo en razón de una peculiaridad inferencial como la que presenta en su marco de uso retórico –véase más abajo, (b)–. Pasemos a considerar las características que puede presentar el entimema retórico y que, hasta cierto punto, parecen distinguirle del silogismo genérico lógico (analítico) o diálectico.

Las peculiaridades retóricas del entimema se pueden contraer a las tres siguientes:

(a) En principio, el entimema discurre sobre la base de probabilidades [*ex eikótōn*] o de signos [*ex sēmeíōn*] (1357a33; 1359a7-10; cf. también *APr*. 70a9-11).

Así pues, los entimemas pueden partir bien de premisas necesarias –o de signos concluyentes–, o bien de proposiciones sobre cosas que pueden ser o acontecer de otra manera, o sobre lo que no se da en todos los casos, sino en muchos casos (1357a22-b25), es decir por lo regular o normalmente, de modo que no excluyen la posibilidad de anomalías o excepciones. 'Necesario', en este contexto, parece significar lo que se da siempre y sin excepción, frente a su opuesto contextual: 'lo que se da no en todos sino en la mayoría de los casos', aunque esto carezca de un significado probabilístico o estadístico moderno para tener más bien el sentido cualitativo de lo que se da normalmente o por lo regular y, como luego veremos, a juicio de la gente. Se trata, por ejemplo, de la diferencia entre hacer lo que se puede y se quiere «porque todos, cuando resuelven lo que son capaces de hacer, lo hacen ya que nada lo impide», y hacer lo que a uno, si puede, le apetece «pues por lo general lo que apetece, si se puede, también se hace: los flojos, por incontinencia; los buenos, porque gustan de lo decente» (1392b18-23). Por otro lado, así como los signos en cuestión podrían considerarse elementos de prueba terminantes y concluyentes [*tekmḗria*], o meros indicios, las probabilidades vendrían a constituir a su vez premisas verosímiles o más precisamente plausibles («lo verosímil es una premisa plausible [*éndoxon*]

[1] No estará de más reparar en que estas condiciones diferencian la consecuencia silogística aristotélica de nuestra consecuencia lógica estándar (tarskiana). Según nuestra concepción estándar, de un conjunto dado de proposiciones $\Gamma = \{\alpha, \beta \ldots\}$, se sigue cualquiera ellas, e.g. $\Gamma \vDash \alpha$, de modo que la relación de consecuencia es *reflexiva*. Y si una proposición, α, se sigue de un conjunto dado de proposiciones, Γ, también se seguirá de dicho conjunto cuando tenga otro añadido, Δ, i.e. si $\Gamma \vDash \alpha$, entonces $\{\Gamma, \Delta\} \vDash \alpha$, de modo que la relación de consecuencia es *monotónica*. Pues bien, la relación de consecuencia silogística resulta restrictiva en ambos sentidos, al tiempo que añade una condición expresa de *necesidad*, ausente de la caracterización estándar. Cf. John Woods y Andrew Irving, "Aristotle's early logic", en D.M. Gabbay & J. Woods, eds. *Handbook of the History of Logic*, vol. I, *Greek, Indian and Arabic Logic*, Amsterdam, Elsevier/North Holland, 2004; pp. 49-51 en particular.

pues lo que se sabe que ocurre o no ocurre, o es o no es, por lo regular, eso es una verosimilitud, por ejemplo detestar a quienes se envidia, mostrar afecto por los amados» (*APr*. II 70a3-6; cf. *Rhet*. 1357a12). La tradición del tratamiento de lo probable [*eikós*] como verosímil se remonta al parecer a los orígenes de la retórica griega, a Tisias y Córax. Pueden dar fe las referencias de Platón, Fedro, 267a, 272d-273c, y Aristóteles, *Rhet*. 1402a17-28, al caso planteado por el cruce de acusaciones de agresión entre un tipo debilucho y un tipo fortachón, que consideran los dos rétores pioneros. Dada la diferencia de envergadura entre ambos, arguye el debilucho, no es probable –es decir, no es verosímil y en definitiva no es plausible– que él precisamente fuera a agredir al fortachón, más bien lo verosímil es lo contrario. Pues bien, justamente por tratarse de una diferencia de fuerza tan notoria que nadie podría ignorar, redarguye el fortachón, no es probable que él cayera en la tentación de ser el agresor pues inmediatamente se vería acusado por todo el mundo. Y, en fin, tampoco estará de más recordar en este punto la sentencia que Aristóteles toma de Agathón (un poeta trágico del s. V): «Bien puede decirse que lo probable es que a los mortales les ocurran muchas cosas improbables» [1402a12-13], de modo que toda generalización probable, verosímil o plausible está expuesta a excepciones probables, verosímiles o plausibles.

(b) Más aún: podría darse el caso de entimemas con premisas verdaderas y conclusión falsa, e.g. de signos refutables (1357b13-21; sobre la refutabilidad de aserciones de probabilidades o de indicios, cf. 1402b23-03a6). Así como cabe decir que los oradores, en el curso de sus pruebas, «silogizan de modo más riguroso –más estricto [*akribésteron syllogídsōntai*]– o más laxo –más relajado [*malakōteron*]-» (1396b1).

Puede que esto sea una indicación de que los entimemas retóricos cubren tanto los casos de consecuencia lógica o necesidad consecutiva (*necessitas consequentiae*), como los casos de probabilidad inferencial (*probabilitas consequentiae*), e.g. en el sentido de «hay nubarrones, así que es probable que llueva» (1393a6-7), donde el "ser probable que" no es un operador modal del consecuente –i.e. no se trata de una probabilitas consequentis–, sino una modulación de la inferencia misma[2]. El entimema admitiría, en suma, inferencias no estrictamente silogísticas o deductivas.

[2] Vid. Miles F. Burnyeat, "Enthymeme: the Logic of Persuasion", en D.J. Furley & A. Nehamas, eds. *Aristotle's Rhetoric. Philosophical Essays*. Princeton (NJ), Princeton University Press, 1994; pp. 24-30, en particular.

(c) Los entimemas guardan una especial relación con las máximas y los tópicos; los tópicos, en particular, son elementos de los entimemas (1396b21).

Puede que esto se entienda en el sentido de que un tópico es aquello en lo que descansa la fuerza o el poder de convicción del argumento. En una perspectiva moderna, cabría reformular esta idea en los términos generales y abstractos siguientes. Consideremos que un tópico [*tópos*] es una relación o un predicado binario que remplaza la implicación en un silogismo para sentar un entimema. Pues bien, si un silogismo es un argumento de la forma deductiva básica:

Si P y P implica Q, entonces Q,

un entimema será un argumento de la forma inferencial básica:

Si P y T(P, Q), entonces Q[3].

Por ejemplo: "si la honestidad se da en el hombre, y todo lo que se da en el hombre se da en el animal, entonces la honestidad se da en el animal". La relación entre los términos "hombre" y "animal" es la que media entre la especie y el género, y descansa en un tópico analítico de la teoría de los predicables con arreglo al cual todo lo que se da en la especie se da en el género, aunque no vale la conversa (cf. *Tópicos*, 111a25-29).

Pero un tópico aristotélico no solo es una regla de paso, una garantía o un respaldo inferencial. También es una pauta para armar buenos argumentos sean constructivos o persuasivos, sean destructivos o disuasivos, argumentos que tienen en consecuencia una doble proyección: dialéctica y retórica. Reuniendo ambas características, los tópicos aristotélicos suelen incluir: (1) una directriz estratégica (e.g. «Si la cuestión se ha planteado en términos particulares y no en términos universales, serán útiles todos los tópicos … que sienten o refuten universalmente»), y (2) una razón o principio que justifica el rendimiento de esa estrategia (e.g. «En efecto, si establecemos o eliminamos algo universalmente, también lo probamos de modo particular, pues si se da en todos los casos, también se da en alguno, y si no se da en ningún caso, tampoco se da en alguno» (*Top*. 119a32-36).

Por otro lado, según la índole y condición del principio de justificación cabría distinguir entre (i) unos tópicos *dialécticos* más fuertes, al estar fundados en relaciones lógicas o en relaciones analíticas, o más débiles, al remitirse a proposiciones plausibles; y (ii) unos tópicos *retóricos* que

[3] Según Ed Dyck, autor de esta propuesta, los veintiocho tópicos mencionados por Aristóteles en la *Retórica* revisten esta forma, de modo que cabe entender el entimema como un silogismo generalizado o debilitado. Vid. E. Dyck, "Topos and Enthymeme", *Rhetorica*, XX/2 (2002), 105-117.

descansan en convicciones comunes o en supuestos generales o en presunciones específicas. Por ejemplo, los principios de orden lógico como el "de omni / de nullo" envuelto en el ejemplo que acabo de citar, o como el *Modus Ponens* o el *Tollens* (*Top*. 111b17-23) o como las reglas de las relaciones de oposición o de negación (143b15 ss.), deparan tópicos dialécticos fuertes, al igual que las relaciones analíticas en el contexto del análisis de los modos de predicación: definición, género, propiedad, accidente (e.g. «No es necesario que todo lo que se da en el género se dé también en la especie… En cambio, es necesario que todo lo que se da en la especie, se dé también en el género: si hay un hombre honesto, también hay un animal honesto», 111a25-29). Mientras que las sentencias comunes o las proposiciones plausibles (e.g. del tenor de «las cosas cuya generación es buena, también ellas lo son…; pero si las generaciones son malas, también las cosas mismas lo son, 114b18-20) constituyen tópicos dialécticos relativamente débiles. En cualquier caso, pueden facilitar argumentos oportunos y legítimos, con arreglo a la norma de calidad que preside la teoría –digamos– de la argumentación aristotélica: «No es preciso exigir que las argumentaciones de todos los problemas sean igualmente plausibles y convincentes; pues ya por naturaleza se da que, entre los asuntos investigados, unos sean más fáciles y otros más difíciles, de modo que si se prueba a partir de lo más plausible, se ha argüido bien» (161b33-37).

Estas consideraciones, a propósito de los tópicos dialécticos o de la dialéctica de los *Tópicos*, pueden extenderse a los tópicos retóricos o al tratamiento de los tópicos en la *Retórica*, donde también cabría discernir ciertas relaciones analíticas de oposición, de reciprocidad o de términos más/menos. Son éstas las que fundan los tópicos *comunes*, e.g. relaciones de oposición: ante un argumento como "el autocontrol es bueno pues la falta de autocontrol es mala" se deberá considerar si la propiedad opuesta pertenece al opuesto del punto en cuestión: si así fuera, lo confirmaría; si no fuera así, lo refutaría (1397a6-8); relaciones de reciprocidad: el argumento "no es vergonzoso vender, así que no es vergonzoso comprar" descansa en el principio de que a los recíprocos les corresponden las mismas propiedades). Los tópicos *generales* envuelven a su vez términos más / menos, posible / imposible, pasado / futuro, *a fortiori*, etc., y no dejan de solaparse con los comunes. Por ejemplo, «cabe argüir que si ni los dioses son omniscientes, a buen seguro los seres humanos no lo son. El principio es aquí que si una cualidad no se da en efecto donde sería más verosímil que se diera, está claro que no se da donde es menos verosímil. Por otro lado… si el caso menos verosímil es cierto, entonces también es cierto el más verosímil» (1397b14-18). Los *específicos*, en fin, vendrían a ser las presunciones propias de determinadas comunidades o de campos temáticos determinados –e.g. tó-

picos jurídicos– o, incluso, las involucradas directamente en el objeto de la argumentación o de la discusión.

Como colofón y corolario de esta caracterización aristotélica, podríamos concluir que un entimema viene a ser un silogismo en el que una o más premisas pueden ser verosímiles o plausibles y cuyo nexo silogístico descansa en el poder inferencial de un signo o de un tópico. Según esto, cabría formular los tópicos retóricos como condicionales inferenciales de diversas clases que, por otra parte, pueden encontrarse en unos lugares temáticos dados o determinados (i.e. en relación con conceptos de bondad, cantidad, finalidad, etc.). Veamos algunas muestras en dichos respectos:

(i) El bien que se compone de más bienes es mayor que el de uno o el de menos, si estos están incluidos entre los primeros (versión condicional inferencial de 1369b19).

(ii) Si el (término, componente) mayor de una clase o serie sobrepasa el mayor de otra clase serie, entonces la primera sobrepasa la segunda (versión de 1363b22).

(iii) Si tanto A como B son más que C y si A menos C es más que B menos C, entonces A es más que B (versión de 1363b34).

(iv) Si de dos cosas, una es un fin mientras que la otra no, entonces la primera es un bien mayor (versión de 1364b13).

Este planteamiento permitiría atribuir a los *tópicos* el papel no ya de elementos de los entimemas, e.g. en el sentido de premisas garantes o coberturas proposicionales, sino de pautas o principios o esquemas de justificación inferencial –aunque puede que Aristóteles no reparara en esta distinción–. Así pues, nos encontramos con tres funciones de los *tópicos*, una heurística o en el plano de la invención, donde tendrían el papel de directrices para armar argumentos; las otras dos en el plano de la justitificación, donde podrían funcionar como coberturas proposicionales o como pautas o principios inferenciales.

Otro punto interesante de la concepción aristotélica es la remisión a la dialéctica de la plausibilidad, en cuya estructura y significación no podré detenerme ahora[4]. Bastará recordar la conexión de los tópicos con las opiniones comunes o autorizadas (*éndoxa*) y el marco de confrontación involucrado. Conforme a la definición aristotélica de plausibilidad [*Tópicos*, 100b21-23], es plausible lo que así parece a todo el mundo, o a la mayoría o a los sabios (o expertos) y, de entre estos, a todos, a la mayoría o a los

[4] Cf. L. Vega Reñón, "Aristotle's *Endoxa* and Plausible Argumentation", *Argumentation*, 12/1 (1998), 95-113.

más reputados[5], escala que no deja de ir marcando grados de plausibilidad. Ahora bien, esta plausibilidad relativa no deja de responder así mismo a una estructura interna de confrontación y correlación, con arreglo al supuesto de que una proposición, α, es tanto más / menos plausible (o implausible) según que no-α sea más / menos implausible (o respectivamente plausible).

En suma, los entimemas, como argumentos típicamente retóricos, se distinguen de las deducciones silogísticas en general tanto por la índole y calidad de las premisas (a saber: proposiciones plausibles o indiciarias, verdaderas en todos los casos o por lo regular), como por la índole y calidad del nexo ilativo entre las premisas y la conclusión (esto es, en razón de la índole o la fuerza inferencial del signo o del tópico involucrado). Así pues, los principales rasgos distintivos del entimema aristotélico son los tres siguientes:

(i) es un argumento retórico, sea a efectos demostrativos o suasorios, sea a efectos refutativos o disuasorios, pero en cualquier caso pendiente del auditorio al que va dirigido;

(ii) puede partir de generalizaciones no solo ciertas y verdaderas, sino verosímiles o plausibles y, en consecuencia, falibles o sujetas a excepciones;

(iii) puede descansar en nexos inferenciales no solo necesarios, sino probables y, en consecuencia, relativamente laxos o no estrictamente concluyentes.

Por lo demás, los entimemas pueden partir de pocas premisas –«incluso menos de las que consta el silogismo normal» (1357a17)–, bien porque aquel a quien se dirigen no podría seguir largos razonamientos, bien porque algunas premisas son tan conocidas que no es preciso enunciarlas (1357a11-22). Más aún, es evidente que ningún orador argumenta partiendo de la totalidad de sus supuestos, sino de los que resultan pertinentes para el caso (1396b1-3). De donde se desprende, además, la necesidad de disponer, en cada materia, de lugares escogidos acerca de las cosas que cabe aducir para el caso y es más oportuno hacerlo (1396b5-6). Según esto, Aristóteles parece considerar más relevante la selección de las premisas que su omisión o supresión –aparte de no afirmar en ningún sitio que los entimemas sean argumentos que *deban* omitir una premisa para ser o ejercer como tales –.

[5] Sobre la importancia de esta proyección pragmática y social puede verse el paper on line de Stefano Tardini, "Endoxa and Communities: Grounding Enthymematic Arguments". No hará falta insistir en la relación que las proposiciones plausibles pueden tener con los tópicos aristotélicos –en particular con los no analíticos, i.e. con los comunes, generales o específicos–.

2. Versión tradicional

En su versión escolar tradicional, el entimema es un silogismo truncado al que le falta alguna premisa, o una deducción que tácitamente envuelve una proposición más o menos implícita y de hecho omitida. Esta es precisamente la idea que ha saltado los muros del *Collegium logicum* para extenderse como una plaga por nuestro lenguaje y nuestra cultura.

Veamos alguna muestra acreditada. A tenor del *Diccionario de la Real Academia Española* (2001, 22ª edic.), se dice *entimema* el "silogismo abreviado que por sobrentender una de las premisas solo consta de dos proposiciones, antecedente y consiguiente"; según el *Diccionario de uso* de María Moliner (1998, 2ª edic.), es *entimema* el "silogismo en el que se suprime una de las premisas por demasiado evidente". El ejemplo viene a ser el mismo en ambos casos: "el sol alumbra, luego es de día".

En el ámbito más especializado de los tratadistas o analistas de la argumentación, las nociones que circulan no difieren mucho de las recogidas en los diccionarios. Así, el glosario de términos lógicos y matemáticos de la *Routledge Encyclopaedia of Philosophy* (E. Craig, ed., 1998), explica a propósito de *enthymeme*: "En la lógica moderna significa cualquier argumento que, tomado literalmente, es inválido, pero resulta válido cuando se toman como premisas implícitas ciertas proposiciones consideradas demasiado obvias o evidentes para requerir declaración expresa. En la lógica tradicional se refiere genéricamente a un silogismo al que le falta una premisa que, se supone, el lector ha de suplir". Según un libro de divulgación de nociones de lógica informal, *Uso de razón. Diccionario de falacias* (R. García Damborenea, 2000): "Entimema es aquel razonamiento que no expone todos sus componentes por considerarlos obvios (o porque no interesa exponerlos)", cf. p. 196, donde recapitula el tratamiento de las pp. 192-6. Y, en fin, si acudimos a un manual presuntamente técnico como *Gramática de la argumentación* (V. Lo Cascio, 1998), nos encontramos con esta noción: "Silogismo cuya Regla General no se ha lexicalizado porque se considera conocida, evidente, o se da por descontada" (p. 125), así como con esta otra noción complementaria: argumento con una Regla General implícita y susceptible de reconstrucción semántica (p. 137). La idea de Regla General [RG] puede aclararse mediante este ejemplo de entimema: "Juan no puede haber hecho daño a María porque es su padre y porque es una persona apacible". El argumento descansa en dos "reglas" implícitas de ese tipo, a saber:

RG_1: en general, un padre no hace daño a su hija

RG_2: una persona apacible no puede por definición ser violenta y agresiva, así que una persona apacible no puede hacer daño a nadie[6].

El foco de atención de este planteamiento de la idea de entimema es la explicitación de la proposición que se echa en falta –por lo regular, una premisa, aunque también podría tratarse de la conclusión–. Su problema característico estriba en la reconstrucción cabal del argumento en orden a su convalidación. Nos encontramos así lejos de Aristóteles en un punto al que nos han llevado diversas tradiciones –alguna se diría incluso "aristotélica"–.

2.1. La tradición lógico-dialéctica de los tópicos

En la tradición lógica medieval, heredera del legado aristotélico a través de no pocos albaceas e intermediarios (e.g. Teofrasto, Alejandro, Posidonio, Galeno, Cicerón, Temistio y, sobre todo, Boecio, canalizador de confluencias y mediador principal), los *entimemas* pierden interés y relieve en favor del que ganan los *tópicos*. El cauce central de esa compleja tradición dialéctica en torno a los *tópicos* incluía:

(a) una distinción entre un arte de la invención y un arte del juicio o de la discriminación –distinción luego capital en el marco de la reforma humanista–;

(b) una especie de fusión entre las dos funciones de cobertura de los *tópicos*: la confirmación del argumento y la convalidación de la inferencia;

(c) una distribución de los *tópicos* en «proposiciones máximas», bases o garantías de la fuerza concluyente o plausible del argumento sea por la vía de la confirmación o sea por la vía de la convalidación, y «diferencias», rótulos o indicadores de las diversas casillas que corresponden a las diferentes clases de sostén o garantía; de este modo, las directrices estratégicas de Aristóteles se han transmutado en los casilleros profesionales de la tradición retórica de Cicerón y el arte de la invención viene a consistir en sustancia en el arte de la memoria: el arte de evocar en cada caso la casilla oportuna.

Después este caudal fluirá por distintas desembocaduras que irán diversificando las funciones y jurisdicciones: la función de convalidación, competencia de la lógica formal o la silogística canónica, y la función de confirmación, competencia de la dialéctica material de los tópicos, hasta que, al

[6] Vid. Edward Craig, ed. *Routledge Encyclopaedia of Philosophy*, London/New York, Routledge, 1998; Ricardo García Damborenea, *Uso de razón. Diccionario de falacias*, Madrid, Biblioteca Nueva, 2000; Vicenzo Lo Cascio [1991], *Gramática de la argumentación*, Madrid, Alianza, 1998.

llegar el s. XIV, la lógica silogística y la dialéctica tópica se vean absorbidas por el desarrollo de la "teoría de las consecuencias (*consequentiae*)"[7].

Bastará un ejemplo para observar el funcionamiento de los *tópicos*. En el contexto argumentativo y dialéctico medieval, los puntos principales del procedimiento discursivo son estos tres: la cuestión planteada, el término medio que facilita una respuesta en el formato canónico del silogismo y la cobertura de la conclusión. Cabe pensar entonces en un esquema general de justificación como el siguiente:

Cuestión: «¿Sócrates es animal?».

Indicador del lugar en que se halla un término medio apropiado, i.e. «hombre» (se trata de la *diferencia* «ab specie»).

1. (Premisa mayor) «El hombre es animal [todo hombre es animal; si algún ser es hombre, es animal]».
2. (Premisa menor) «Sócrates es hombre».

[*] *Proposición máxima*: lo incluido en la especie está incluido en el género.

Luego

3. (Conclusión) «Sócrates es animal».

Puede considerarse que la proposición [*] o bien obra como garante a través de su ejemplificación en la premisa 1 –con la lectura «el *hombre* es una especie del género *animal*»–, o bien respalda el paso de la premisa 2 a la conclusión 3 dado en los términos del entimema: «Sócrates es hombre, luego es animal». Esta segunda opción tiende a ser la preferida. De ahí que más tarde, en la lógica escolar tradicional, la idea más extendida de entimema sea la que lo considera un silogismo privado de su premisa mayor. Por otro lado, [*] puede tomarse como la regla o el principio que justifica el paso inferencial: «Sócrates es hombre, luego es animal», o como la confirmación que garantiza el condicional correlativo: «Si Sócrates es hombre, es animal».

Mucho tiempo después, bastante avanzado el s. XIX, un lógico matemático brillante y polifacético, Charles S. Peirce, volvió sobre el asunto e hizo del entimema una suerte de paradigma para analizar la estructura básica de la argumentación (cf. "Sobre el álgebra de la lógica", 1880). Un entimema es, conforme a la tradición, un silogismo incompleto. Por ejemplo, de la forma:

«Enoch fue un hombre; luego, Enoch murió»

Todo argumento descansa en un principio rector. En este caso se trata de la proposición: «Todos los hombres mueren». Con ella se obtiene el ar-

[7] Para detalles al respecto, cf. L. Vega Reñón, *Artes de la razón. (Una historia de la demostración en la Edad Media)*. Madrid, UNED [AA 36127], 1999, en particular §§ 3.3 y 3.4, pp. 98-114.

gumento completo [I]: «Todos los hombres mueren; Enoch fue un hombre. Luego, Enoch murió». Pero, al ser un argumento, [I] también ha de contar con un principio rector correspondiente, a saber: el principio «Nota notae est nota rei ipsius (la propiedad de una propiedad es propiedad de la cosa misma)». Incorporando este principio, resulta el argumento completo [II]: «Nota notae est nota rei ipsius. La mortalidad es una característica de la humanidad que, a su vez, es característica de Enoch. Luego, la mortalidad es una característica de Enoch».

Ahora bien, según Peirce, este argumento [II] no es más completo que el argumento anterior [I] en la medida en que [II] no contiene nada que no se halle implícito y obre en [I]. Así pues, el principio rector de [II] es un principio lógico. Se dice que un principio lógico es una proposición vacía o meramente formal en razón de que, por más relevante que sea, no puede añadir nada a las premisas del argumento regido por él, no implica hecho alguno. Este punto podría depararnos un criterio para distinguir entre la función de confirmación o de garantía de una cobertura tópica –una premisa mayor– y la función de convalidación de un principio lógico o una regla de inferencia[8].

Quizás sea este planteamiento de Peirce el que marque el nivel más alto al que ha llegado el análisis tradicional del entimema como paradigma de la argumentación.

2.2. La tradición retórico-jurídica de los tópicos

La referencia a los tópicos cobra cierto relieve en medios jurídicos tradicionales, si bien, a mi juicio, guarda una relación mucho más estrecha con la tradición retórica latina que con las tradiciones lógicas (aristotélica, medieval, moderna). Los *tópicos* vienen a formar parte del bagaje retórico profesional del jurista. Pero me temo que no dejan de constituir un legado algo confuso, a pesar de que los ensayos de definición llegan hasta nuestros días.

Una muestra moderna podría ser la noción propuesta por L. Figa Faura (1993). Los *tópicos* son esquemas argumentativos de aplicación general que reúnen estas tres características: no tienen validez absoluta, sino meramente probable; no componen, en su conjunto, un sistema o un cuerpo coherente; resultan eficaces en la medida en que son aceptados por parte del destinatario del discurso[9].

---

[8] Cf. Charles S. Peirce, *Escritos lógicos*. Madrid, Alianza, 1988; en especial, pp. 90-91.

[9] L. Figa Faura, *Lógica, tópica y razonamiento jurídico* [Discurso de ingreso en la Real Academia de Jurisprudencia y Legislación], Madrid, RAJL, 1993; p. 152.

Pero esta propuesta, aparte no de acotar inequívocamente la idea de tópico jurídico, tampoco haría justicia a la historia de sus usos. Inicialmente podrían considerarse lugares comunes profesionales, depósitos de recursos disponibles para formar y sentar argumentos. Ahora bien, según su tradición de empleo, pueden entenderse de dos modos principales: [1] como esquemas inferenciales relativamente abstractos fundados en relaciones lógicas o analíticas, e.g. como patrones metadiscursivos del tipo "Puesto el antecedente, se pone el consecuente", "Dos predicados contrarios no pueden ser verdaderos a la vez, pero sí falsos a la vez"; o [2] como proposiciones o presunciones comúnmente admitidas, e.g. del tenor de "Ubi non est ordo, ibi confusio", "Nemo dat quod non habet", "Si no tiene lugar lo más, tampoco lo menos", "Donde hay un efecto, no falta una causa", "Lo hecho por necesidad no es imputable"; entre ellas se cuentan, naturalmente, ciertos supuestos jurídicos del tipo de "Audiatur et altera pars", "In dubio pro reo", etc.

Por otro lado, también pueden funcionar una vez más en dos sentidos: [a] en calidad de directrices o fórmulas de conexión o garantías ("sentencias", "aforismos", etc.) que orientan la búsqueda de soluciones prudentes, justas y razonables al problema planteado, y descansan a su vez en presunciones comunes como las anteriormente indicadas; y [b] como fuentes de inspiración o repertorios de motivos argumentativos, "lugares" en los que cabe encontrar y obtener argumentos. (El trabajo citado de Figa 1993 contiene una variada muestra de repertorios o catálogos de este tipo).

Una organización simplificada de esta hijuela del legado tradicional podría ser la siguiente:

1. Lugares más frecuentados al tratar con CAUSAS.

1.1 CAUSAS INDEFINIDAS: las que discuten o tratan asuntos sin hacer referencia a personas, sitios o momentos concretos. Les corresponden lugares:

a/ en relación con las personas (e.g. personas y actos; calidad de la persona [autoridad, fiabilidad de su testimonio …]; edad, sexo, nación, familia; costumbres, educación, porte);

b/ en relación con los hechos (e.g. cantidad [más/menos, mayoría/minoría, normal/anormal …]; cualidad [excepcionalidad, oportunidad …]; orden [lo real prevalece sobre lo irreal/posible, lo genuino sobre lo artificial …].

1.2 CAUSAS DEFINIDAS: giran en torno a personas, sitios o momentos concretos. Suelen cumplir el papel de consideraciones agravantes, atenuantes, positivas, negativas. Les corresponden parejamente lugares:

a'/ en relación con las personas (causas indefinidas + dignidad y condición);

b'/ en relación con los hechos: dónde, cuándo, cómo; por qué (móviles y
motivos); para qué (medios-fines, etapas-metas, estimación por consecuencias o
"argumento pragmático" [valoración de secuelas favorables/desfavorables]).

2. Lugares más frecuentados al tratar con CUESTIONES.
2.1 CONJETURALES: tienen que ver con el establecimiento de los hechos.
2.2 DEFINITORIAS: tienen que ver con la tipificación o determinación del significado jurídico de los hechos.
2.3 CUALITATIVAS: tienen que ver con la co-determinación o con la "cualificación" circunstancial del sentido de hecho.
2.4 TRASLATICIAS: tienen que ver con cuestiones de jurisdicción y competencia.

Estas cuestiones responden a la teoría de las cuatro *stáseis*, avanzada por la antigua retórica (Hermágoras, fl. c. 150 d.n.e.), que puede tener proyecciones estratégicas más allá de la clausura naturalista y estática en que suelen encerrarse las clasificaciones de este tipo. Pero dejemos el asunto de los tópicos para volver al tema central del entimema y, en particular, hacer balance de esta versión tradicional y escolar del entimema

2.3. Balance crítico

A la hora de un escrutinio crítico de esta larga, complicada y en ocasiones confusa tradición de tratamiento lógico del entimema, no cuesta mucho apreciar que su arraigo escolar y su fortuna histórica han sido muy superiores a sus méritos analíticos, en especial cuando ese análisis lógico tradicional se considera en la perspectiva general de la teoría de la argumentación. Para hacerse una idea, bastará reparar en tres tipos principales de limitaciones o deficiencias

(a) La primera consistiría en su trivialidad. Trivialidad que cabe observar al margen de la trivialización impuesta al legado aristotélico –que, al parecer, arranca del comentario de Alejandro a los *Tópicos* aristotélicos y se difunde a través de la tradición retórica latina merced sobre todo a Quintiliano, *Inst. Orat*. V 14, 23–. Recordemos cuáles vienen a ser los intereses capitales del análisis tradicional del entimema en calidad de argumento truncado o incompleto: la detección del supuesto tácito u omitido y, mediante su explicitación, la reconstrucción cabal del argumento con miras a su convalidación. Pues bien, el riesgo de trivialidad se cierne tanto sobre el planteamiento, como sobre la solución de los problemas.

La solución puede resultar trivial porque un argumento dado puede completarse de muy diversas maneras en orden a su convalidación, no todas discursivamente relevantes o significativas. De hecho, cualquier argumento incompleto puede completarse mediante el añadido de las proposiciones suficientes para derivar la conclusión –e.g. mediante la composición del condicional correspondiente y la aplicación del *Modus Ponens*–, aunque este recurso solo proporcione una convalidación formal, carente de una garantía sustantiva precisa o del debido respaldo material.

Pero la trivialidad también puede extenderse al planteamiento mismo, puesto que todo argumento constituye la parte expresa o manifiesta de un iceberg discursivo, y las relaciones entre lo explícito y lo implícito, lo expreso y lo tácito –no solo insoslayables sino sustanciales para la identificación del argumento en cuestión–, pueden verse marginadas en aras de un criterio de explicitación suficiente a los meros efectos de la convalidación. Este criterio, como ya he sugerido, puede atenerse a determinados supuestos lógicos, sin mayor atención a los supuestos tácitos efectivamente empleados en el curso de la argumentación.

(b) Otro inconveniente radicaría en su reducción de la perspectiva analítica al punto de vista lógico propiciado por la limitación anterior. Los problemas planteados –el de una explicitación suficiente a los efectos de la convalidación y la convalidación misma– son sintomáticos de los intereses lógicos del análisis. Actualmente sabemos que el punto de vista lógico sobre la argumentación solo es una de las perspectivas posibles sobre este campo, que convendría complementar y conjugar con otras como la perspectiva dialéctica o la perspectiva retórica, justamente las dos que cabría considerar más pertinentes para vérselas con los entimemas según su concepción aristotélica originaria.

(c) Con la adopción del punto de vista lógico se corresponde, en tercer lugar, un tratamiento reductivo del entimema como argumento-producto o como argumento textual. Se trata de una reducción textual y semántica que supone privarle de su contexto pragmático de uso efectivo y de las dimensiones dialécticas y retóricas que este uso comporta en el curso de una discusión o una conversación.

3. Tratamientos alternativos facilitados por la actual teoría de la argumentación

Son precisamente las dos limitaciones recién señaladas en la versión escolar tradicional las que mejor cabe superar gracias al desarrollo actual de los estudios y de los instrumentos de análisis en el campo de la argumentación. Cabría pensar, incluso, que este desarrollo ha venido en parte a reivindicar y depurar las ideas aristotélicas acerca de la índole retórica de los entimemas y de su posible tratamiento normativo en términos lógico-

dialécticos. Veremos en primer lugar las posibilidades abiertas por nuestros nuevos recursos lógicos y analíticos para el tratamiento de los entimemas y, en segundo lugar, nos ocuparemos de su dimensión y repercusión retórica.

3.1. El entimema como argumentación plausible

Las consideraciones que siguen se moverán en una perspectiva lógica y analítica dialéctica, no necesariamente deductiva, del entimema como un género de argumentación pendiente de reconstrucción. La idea de lógica o de análisis lógico involucrada no es precisamente la que se remite a una disciplina formal y sistemática, centrada en el análisis de la deducción y de sus criterios de convalidación –e.g. por referencia a la relación estricta de consecuencia lógica–. La lógica se entenderá más bien como el estudio de criterios y modalidades de garantía o de respaldo argumentativos, por ejemplo criterios que determinan el grado en que es razonable aceptar ciertas conclusiones inferenciales aun cuando algunas de ellas no estén establecidas conforme a las pautas canónicas de deducción, o criterios que se refieren a situaciones dinámicas de confrontación entre argumentos y contra-argumentos. El paso inicial en todo caso es la reconstrucción del entimema en cuestión como argumentación susceptible de análisis y evaluación normativa. Esta reconstrucción puede ser de distintos tipos, cada uno de ellos con sus focos de atención, sus problemas y sus recursos propios, en correspondencia con la índole de las proposiciones tácitas o implícitas –e.g. según sean relaciones conceptuales subyacentes, suposiciones compartidas en el contexto de la argumentación, asunciones comunes de orden práctico o implicaturas de la conversación–.

Consideremos este ejemplo tomado de un manual de lógica informal (Malcom Acock 1985): [I] «La encuesta censal de 1980 arrojó un dato significativo: muchos americanos mintieron al cumplimentarla. Cerca de 93 millones de personas contestaron *sí* a la pregunta "¿Ha votado en las elecciones presidenciales de 1980?"». Dos asunciones tácitas podrían ser: (1) «No hubo elecciones presidenciales en 1980»; (2) «Muchos de los que dijeron que habían votado, mintieron». Desde un punto de vista lógico, ambas conforman una base suficiente para convalidar el entimema, pero, en realidad, sólo (2) sería necesaria. Desde el punto vista argumentativo, la cuestión se complica: ¿cuál es la suposición efectivamente usada, cuál es la que depara un entimema convincente?, y nos remite al marco de discurso y a los agentes discursivos, al emisor y al receptor de la argumentación. Así, cabe pensar que en ese marco todo el mundo sabe que la asunción (1) es falsa, de modo que quedaría descartada de una reconstrucción cabal del argumento. Sin embargo, también es posible que el emisor, M. Acock pongamos por caso, y el receptor, un lector de hoy, no compartan ese conocimiento y el receptor considere que es

justamente en (1), como razón de (2), donde descansa la fuerza inferencial y el poder de convicción del entimema. Así pues, es preciso un "entorno cognitivo" común de noticias y conocimientos en el que fundar la reconstrucción propia del argumento, la explicitación de las asunciones efectivamente usadas y la estimación de su calidad inferencial y suasoria. Consideremos ahora este otro ejemplo procedente de la experiencia de un profesor escéptico: [II] «Aunque se supone que los manuales constituyen una guía universal, valiosa e imprescindible para el aprendizaje, hay una indicación que apunta en otro sentido. En los seis años que llevo enseñando en escuelas de todo tipo, rurales y urbanas, nadie ha robado nunca un libro de texto». Un rasgo peculiar de [II] es su funcionamiento como un razonamiento por defecto, fundado tácitamente en una suposición autoepistémica: «<por lo que yo sé> nadie ha robado nunca un libro de texto», de modo que se trata de un argumento pendiente de cambios o aumentos de información en este contexto y, por tanto, *rebatible* como veremos. Otro rasgo interesante es remitirse no tanto a un entorno cognitivo como a un trasfondo de experiencia o de sabiduría práctica en el cual "se sabe" que las cosas valiosas y apreciadas que la gente podría sustraer fácilmente, se prestan al robo, según se desprende por ejemplo de la desaparición habitual de determinadas obras de las bibliotecas escolares. En tales casos, lo que parece ser de dominio público no es tanto una información como una *historia*, una forma de comportamiento previsible por atenerse a un *guión* conocido[10]. En suma, entre las bases de las asunciones efectivamente implícitas y activadas en los entimemas nos encontramos con dos relevantes y más o menos solapadas, un entorno cognitivo de conocimientos compartidos y un guión de experiencias comunes y ordinarias.

Hay dos puntos que merecen especial atención en esta perspectiva: uno tiene que ver con la reconstrucción y compleción del argumento entimemático; el otro, con su análisis crítico y su evaluación. En el primer caso, como ya he sugerido, conviene discernir entre las asunciones lógicamente necesarias y las efectivamente implícitas y empleadas en la argumentación. Las primeras son las requeridas para la convalidación deductiva del argumento o, al menos, las que harían del entimema un producto textual lógicamente completo –e.g. las asunciones: (1) y, dado (1), entonces (2), en el anterior ejemplo [I]–. Las segundas son las que obran implícitamente en el contexto discursivo y son relevantes para mostrar o explicar la constitución

[10] Tomo este término, "guión [*script*]", de Douglas Walton, "Enthymemes, common Knowledge, and Plausible Inference", *Philosophy and Rhetoric*, 34 / 2 (2001), 93-112. El propio Walton hace notar la relación de este uso de *script* con los usos del término en los estudios de inteligencia artificial para indicar una base de datos que no consiste propiamente en el conocimiento sino en la familiaridad con situaciones ordinarias.

pragmática de la argumentación correspondiente –en esta línea resultaría problemática una reconstrucción que incorporara la asunción (1), puesto que ignoraría la existencia de elecciones presidenciales en 1980–. Y a este respecto es bueno atenerse a un principio de caridad interpretativa: a la norma de, por un lado, no deformar o falsear el entimema en los términos de otra argumentación distinta (e.g. con el sesgo de una falacia de caricaturización) y, por otro lado, tratar de redondearlo en los términos más razonables, plausibles y persuasivos, que la condición anterior permita.

El otro punto, relativo al análisis y la evaluación de los entimemas, nos obliga a considerar la base de las asunciones efectivamente en uso o activadas, el trasfondo de experiencias y expectativas, emociones y valores, ideas y creencias, compartido por los interlocutores en la conversación o en la discusión. En otras palabras, lo que nos es dado pensar sobre el asunto "según nuestras noticias" y "conforme al guión". Lo que cabe inferir de este trasfondo común no suelen ser aserciones de conocimiento propiamente dichas, sino asunciones o proposiciones plausibles. Unas y otras difieren entre sí, por ejemplo, en la atribución de la carga de la prueba: la aserción de un presunto conocimiento trae aparejada positivamente la carga de la prueba de la aserción, si alguien alega saber tal o cual cosa, queda expuesto a dar pruebas o razones de ese pretendido saber; mientras que sobre una proposición plausible la carga sólo pesa negativamente, i.e. es algo que, sin estar probado, uno puede asumir mientras no se pruebe o establezca lo contrario. Pero otro aspecto notable de la plausibilidad es conducirnos al terreno dialéctico de la confrontación; recordemos que, según preveía Aristóteles, la plausibilidad de una proposición no solo tiene que ver con la proposición misma y con su grado de acreditación o autorización, sino con la implausibilidad de su negación o de otra proposición contraria.

Pues bien, será en la reconstrucción y el tratamiento de los entimemas en términos de argumentación "*rebatible [defeasible]*" donde más clara y decisiva se muestre la matriz dialéctica de la confrontación discursiva.

3.2. El entimema como argumentación rebatible

Veamos antes que nada una muestra de lo que está en juego. Supongamos una discusión acerca de la conveniencia o inconveniencia de publicar una determinada noticia, que parte de esta argumentación inicial [A]:

1. Hay una noticia que se refiere al estado de salud de una persona conocida, P.
2. P no está de acuerdo con la publicación de tal noticia.
3. Las noticias relativas al estado de salud de una persona son informaciones que conciernen a su vida privada.

4. Ahora bien, la información concerniente a la vida privada de una persona no debe publicarse si la persona en cuestión no está de acuerdo con su publicación.
5. Luego, la prensa no debe hacerse eco de dicha noticia y publicarla.

A ella se opone una contra-argumentación [B] que asume las consideraciones 1-4 anteriores, pero añade otras nuevas

6. P es el candidato propuesto para formar, dirigir y presidir el próximo gobierno.
7. La noticia da cuenta de una enfermedad que puede afectar seriamente la vida o la
capacidad de P.
8. Las noticias sobre todo aquello que puede afectar seriamente el ejercicio del gobierno, como en particular la vida o la capacidad de su futuro presidente, son informaciones que tienen interés, importancia y significación públicas.
9. Ahora bien, toda información de interés, importancia y significación públicas debe publicarse.
10. Luego, la prensa debe hacerse eco de dicha noticia y publicarla.

Llegados aquí, reparemos en algunos puntos relevantes como los siguientes:

(a) Para empezar, se trata de un proceso discursivo que tiene lugar en el marco de una confrontación entre argumentos: ([B] 1-4, 6-10) versus ([A] 1-5).

(b) [B] no contra-argumenta mediante el procedimiento estándar en lógica deductiva de aducir 10 o la negación de 5 para mostrar que o bien 5 no se sigue de las premisas 1-4, o bien alguna de estas premisas es falsa; antes al contrario, [B] asume las premisas 1-4 de [A], para luego introducir nuevas consideraciones, 6-9.

(c) Un rasgo notable de la situación creada por el aporte de nueva información es que si bien de 1-4 parece desprenderse una conclusión del tenor de 5, la adición a 1-4 de las nuevas consideraciones 6-9 da lugar a una conclusión opuesta, 10.

Por lo demás, otras consideraciones ulteriores pueden contribuir a dilucidar a qué carta quedarse o, por lo menos, a proseguir la discusión en las condiciones indicadas. Por ejemplo, un proponente de [A] podría contrareplicar a [B] aduciendo:

11. La noticia sobre la enfermedad de P no está confirmada (o no parece ser tan alarmante como en un principio se temía).

12. Así pues, el respaldo o supuesto regulativo 4 viene a prevalecer, al menos por el momento, sobre su opuesto 8, para no crear falsas expectativas o falsas alarmas.
13. De modo que asumidos tanto 1-4 como 6-9, y a la luz de nuevas correcciones y cautelas 11-12, 5 vuelve a resultar una opción más razonable que la contraria.

La impresión general de este proceso dialéctico es que la confrontación no discurre a través de la refutación de una o más premisas aducidas, ni un contra-argumento viene a invalidar el argumento contrario, aunque sí trate de rebatirlo. Por otro lado, el discurso argumentativo en su conjunto tampoco parece consistir en una o más deducciones fundadas en la relación clásica de consecuencia; antes bien, tanto la contra-argumentación de S como la contra-réplica de L no parecen avenirse a la condición de conservación o monotonicidad de la relación de consecuencia clásica –i.e. si α se sigue de un conjunto de proposiciones Γ, entonces α se sigue de cualquier otro conjunto de proposiciones que incluya Γ, de modo que la adición de nuevas proposiciones a las inicialmente dadas, Γ, mantiene la relación establecida por la que α es consecuencia de Γ[11] –, puesto que, al parecer, del conjunto {1-4, 6-9} ya no se sigue 5 sino 10, y del conjunto {1-4, 6-9, 11-13} ya no se sigue 10 sino 5. Así pues, se diría que la confrontación, considerada globalmente, apunta hacia otro tipo de inferencia. Pero no estará de más concretar un poco estas impresiones precisando las nociones envueltas de monotonicidad, no monotonicidad e inferencia.

La relación clásica de consecuencia lógica es *monotónica* en el sentido de que se atiene a esta condición: si una proposición α se sigue lógicamente de un conjunto de proposiciones Γ, α se sigue de todo superconjunto de Γ (de todo conjunto que incluya Γ). Cabe observar entonces que, una vez dada una relación de este tipo, se mantiene con independencia de los cambios que pueda haber o las circunstancias que puedan concurrir en su contexto. Por contraste, sería *no monotónica* la relación de inferencia que no se atiene a dicha condición por ser sensible al contexto hasta el punto de que su consiguiente puede verse desmentido o desautorizado por un cambio de contexto consistente en el aumento de la información pertinente. No siempre está clara esta noción. Cabe suponer, por ejemplo, que se contrapone directamente y en el mismo plano, lógico-semántico, a la consecuencia monotónica, así que

[11] Se trata de un supuesto capital de las teorías deductivas clásicas. Una teoría de este género es un conjunto de proposiciones cerrado bajo la relación de consecuencia. Supongamos una teoría deductiva establecida T_1. Pues bien, la extensión de T_1 con nuevos axiomas u otras proposiciones deducibles a partir de ella, $T_1 \subset T_2$, no supone la cancelación o la negación de un teorema previo –salvo que T_2 resulte inconsistente.

se habla de *consecuencias* no monotónicas y se investigan las posibilidades de una teoría general y abstracta de la relación de consecuencia. Pero, en el caso presente, prefiero hablar de *inferencias* no monotónicas para no ocultar el plano pragmático en el que se mueve y en el que deviene sensible a determinados cambios contextuales. Por otro lado, si decimos que α se *infiere* de Γ, podemos entender que sostener Γ, (saber, creer considerar que Γ), es una razón para sostener α, (saber, creer, considerar que α); a fin de cuentas la inferencia es la forma discursiva típica de llegar al conocimiento o a la presunción de algo a partir del conocimiento de, o la creencia en, otra cosa. Pues bien, aquí voy a asumir esta interpretación pragmática y cognitiva de la inferencia, que no se podría endosar a la noción puramente lógica y semántica de consecuencia en el sentido de *seguirse lógicamente de*.

Según esto, puede que una proposición α sea una consecuencia lógica clásica de un conjunto de proposiciones Γ y que, sin embargo, la asunción de Γ no constituya una razón determinante de la asunción de α –por ejemplo, para un intuicionista matemático, no toda derivación sentada sobre unas relaciones clásicas de consecuencia es una demostración legítima o efectiva–. La dimensión argumentativa y cognitiva –en suma, inferencial– de la consecuencia lógica representa una condición o un supuesto independiente.

Otra noción que precisa atención, en particular dentro del contexto de la filosofía jurídica analítica, es la de *rebatibilidad* (*defeasibility*). Al parecer, el término 'defeasibility' no apareció inicialmente en lógica, sino en filosofía jurídica, en un ensayo de Herbert Hart 1949 sobre la atribución de responsabilidades y derechos[12]. Hart observaba que los conceptos legales son *defeasible* en el sentido de que las condiciones para identificar una situación de hecho como un caso de aplicación de un concepto legal sólo son ordinaria o presuntamente efectivas al respecto; pero, al no constituir condiciones suficientes y necesarias de aplicación, quedan expuestos a anomalías y excepciones. En la tradición analítica esto se ha entendido como una indeterminación semántica inducida por la vaguedad o la imprecisión del significado de los términos en cuestión, aunque no es obligado atenerse a esta interpretación comprometida con una teoría del significado que hoy suele considerarse restrictiva e inadecuada –incapaz de hacer justicia a las metáforas, por ejemplo, y a otros aspectos pragmáticos del significado–. En

[12] H.L.A. Hart, "The Ascription of Responsibility and Rights", *Proceedings of the Aristotelian Society*, 49 (1948-9), 171-194. La versión española de *defeasibility* no está asentada: hay quien emplea "revisabilidad" (e.g.. E. Trillas, *La inteligencia artificial. Máquinas y persona.* Madrid, Debate, 1998) y en medios jurídicos se habla más literalmente de "derrotabilidad" (e.g. María Inés Pazos, "Derrotabilidad sin indeterminación", *Doxa*, 25 (2002), 441-470). Mi opción por "rebatibilidad" responde al deseo de destacar el marco específico de la confrontación dialéctica entre argumentos, frente a otros planteamientos analíticos.

todo caso, el punto es una concepción analítica de la *rebatibilidad* que procedería esquemáticamente como sigue: Sean S y P dos conceptos jurídicos. Un concepto S será rebatible en sentido estricto con respecto al concepto P si S determina una clase de elementos que normalmente son P, incluyendo la posibilidad de que haya elementos de S que no sean P. Por ejemplo, los menores de edad no tienen normalmente capacidad autónoma de ejercicio jurídico, pero esta disposición no excluye la posibilidad de excepciones como la representada por los menores emancipados. La existencia de tales excepciones o casos anormales no refuta ni viola la disposición, sino que más bien obra de modo implícito o se da por supuesta en el margen abierto de lo que normalmente es el caso. Por otro lado, S será rebatible en sentido amplio con respecto a P si o bien todo S sin excepción es P, o bien S es normalmente P pero quedan sin determinar los casos excepcionales o anómalos –así una disposición en el sentido de que todo menor es persona física, sería rebatible en sentido amplio con arreglo a la primera condición–. Pues bien, una aserción o una disposición es rebatible si es de la forma 'S es normalmente P' y envuelve algún concepto rebatible en sentido estricto o en sentido amplio. Y, en fin, un argumento o una prueba es rebatible si envuelve sustancialmente –o descansa en– alguna asunción rebatible, sea explícita en una argumentación expresa o sea implícita en una argumentación entimemática. (Repárese en la afinidad de esta idea de argumento rebatible con la aristotélica de silogismo retórico, cf. *Retórica* 1356b16-18, por ejemplo). Pero este planteamiento analítico presenta dos inconvenientes: uno consiste en ignorar o pasar por alto el contexto discursivo y dialéctico en que aparecen y se usan las aserciones y los demás componentes expresos o tácitos de la argumentación; el otro estriba en la consiguiente inadvertencia de las anomalías o las excepciones o los contra-argumentos no ya implícitos en origen, sino sobrevenidos en el curso de la confrontación. Y, en mi opinión, lo que procede desde esta nueva perspectiva es adoptar un planteamiento procesual, dialéctico y holístico, antes que analítico, a partir de la rebatibilidad de las pruebas o argumentos.

Según esto, una prueba o una argumentación es *rebatible* cuando puede verse descartada por una contraprueba o una contra-argumentación, de modo que la *rebatibilidad* viene a ser una condición nacida de un marco y un proceso dialéctico de confrontación. Cabe considerar que esta idea de *rebatibilidad* no es incompatible con la analítica, sino más bien complementaria al proporcionarle un contexto discursivo efectivo. Por otro lado, es una idea fecunda en algunas orientaciones actuales de la investigación en inteligencia artificial y del estudio de las interacciones argumentativas entre sistemas multiagentes, además de interesar a los juristas informáticos. En suma, al margen de consideraciones relativas a la formación y constitución de la idea –en la que luego

también han intervenido otros varios motivos, e.g. cognitivos y relacionados con la investigación en inteligencia artificial, etc.–, la lógica ha empezado a mostrar un interés específico por el análisis de las relaciones entre, de una parte, la inferencia y la argumentación (o el razonamiento en general) y, de otra, la *rebatibilidad* en el sentido dialéctico propuesto[13].

Un lugar común en este contexto es la conexión entre las nociones de *rebatibilidad* y *no monotonicidad.* En principio, cabría decir que si A es un argumento que descansa en una inferencia *no monotónica*, A es *rebatible*. Ahora bien, no todo argumento *rebatible* envuelve una inferencia *no monotónica*, pues la *rebatibilidad* en cuestión puede obedecer: (i) a diversos cambios de contexto, aparte del producido por un aumento de la información; o (ii) a la propia índole de las premisas o del nexo inferencial (e.g. el argumento parte de premisas plausibles o verosímiles; discurre sobre la base de una relación de consecuencia "laxa" o de un *tópico* inferencial). Por otro lado, si α es un argumento *por defecto*, entonces α descansa en una inferencia *no monotónica* y, en consecuencia, es *rebatible*. Un ejemplo de ese tipo de argumento podría ser el siguiente: "Sé que informan normalmente de los resultados del casting mediante un listado de los nombres candidatos admitidos, listado que cuelgan del tablón de anuncios. Pero mi nombre no aparece en la lista que han hecho pública. Luego, estoy excluido".

Así pues, en esta perspectiva, un argumento *rebatible* en general es aquél que puede ver desmentida, revisada o desautorizada su conclusión, o desactivada su regla –pauta, condicional– de inferencia, ante una nueva información o una argumentación opuesta. No estará de más insistir en dos conocidos corolarios de este planteamiento: la rebatilidad (i) supone un marco de contrastación o de confrontación discursiva, así que se trata de una característica sustancialmente dialéctica; (ii) se da al margen de las condiciones deductivas habituales de refutación o de invalidación, así que no implica necesariamente la falsación o la retractación de alguna de las premisas originarias.

Por otro lado, en su marco "natural" de la confrontación entre argumentos, se presta a diversas estrategias de ataque o revisión, en particular de dos tipos: [1] las dirigidas contra la conclusión del argumento a rebatir, bajo la forma de mentís, revisión o desautorización, y [2] las dirigidas contra la pauta inferencial asumida, bajo las formas de desactivación o inhabilitación. También suele recordarse a este respecto una interesante distinción de Po-

[13] Un informe lúcido y hoy quizás el más completo a nuestra disposición es el de H. Prakken y G. Vreeswijk, "Logic for Defeasible Argumentation", en D.M. Gabbay & F. Guenthner, eds. *Handbook of Philosophical Logic* [2th edit.], Vol. 4, Dodrecht, Kluwer, 2002; pp. 219-318.

llock (1987) [14] entre dos tipos de confrontaciones: (a) el contra-argumento procede a *rebatir* (*rebutting*) el argumento, de modo que las conclusiones respectivas son lógicamente incompatibles y la contraposición de ambos argumentos es simétrica: cada uno rebate al otro; y (b) el contra-argumento procede a *inhabilitar* (*undercutting*) el argumento sin que la contraposición sea simétrica –y donde puede que la inhabilitación proceda del desarrollo de un argumento anteriormente rebatido–. E.g., en el ejemplo propuesto al principio de este apartado, la confrontación entre 1-5 y 1-4 + 6-10 sería un caso de tipo (a), mientras que la introducción final de 11-13 representaría un caso de tipo (b).

A partir de ahí cabe considerar algunas proyecciones normativas que luego podrían orientar el tratamiento de la rebatilidad en términos de modelizaciones del razonamiento en sistemas de inteligencia artificial. Cabe considerar, por ejemplo, que un argumento A es *rebatible* si está expuesto a algún contra-argumento en el sentido (a) o (b) de Pollock. Por otro lado, el argumento rebatible en cuestión, A, es *defendible* mientras no haya contra-argumentos A´ que sean más fuertes –en el sentido de generar una confrontación asimétrica en la que A sea rebatido por A´ pero no a la inversa–. Y un argumento puede considerarse *justificado* mientras sea defendible y carezca de contra-argumentos justificados. En fin, recordemos para terminar que el campo de los conceptos y las normas legales, en la medida en que se hallan sujetos a posibles excepciones y a conflictos normativos, es un campo abonado para la dialéctica de la rebatilidad y la no monotonicidad [15]

3.2. El entimema como estrategia retórica

La nueva perspectiva retórica del estudio de la argumentación es no menos significativa que la dialéctica para el tratamiento de los entimemas. En principio, desde el punto de vista retórico, lo esencial no es la omisión de alguna proposición, sino la participación del interlocutor o del auditorio en la compleción cabal de la argumentación. Se trata de mover al destinatario a completar la argumentación con el fin de promover no solo su plena comprensión, sino su complicidad con, y su aceptación de, lo propuesto. Este es

---

[14] Vid. J.L. Pollock, "Defeseable Reasoning", *Cognitive Science*, 11 (1987), 481-518. Las ideas de Pollock, originariamente referidas a cuestiones de orden epistemológico, también han sido una fuente de inspiración y desarrollo del análisis de la *rebatibilidad*.

[15] Cf. por ejemplo el planteamiento avanzado por H. Prakken, "From Logic to Dialectics in Legal Argument", *paper on line*, también publicado en *Proceedings of the. 5th Intern. Conference on AI and Law*, ACM Press, 1995, 165-17, que trata de compatibilizar estas características dialécticas, así como el recurso a la analogía y la inducción entendidas como estrategias heurísticas, con una lógica formal subyacente clásica, una lógica monotónica que corresponde a otro nivel de análisis.

un modo sutil de servir a la finalidad característica de la inducción retórica: inducir al otro a pensar o actuar –o disuadirle de hacerlo– de determinada manera. Pero, al mismo tiempo, introduce un nuevo ingrediente de inseguridad y de azar en la medida en que, más allá de procurar una reconstrucción plausible, ha de considerar las relaciones de motivación y de influencia intersubjetivas, entre los interlocutores o entre el agente discursivo y su audiencia o su auditorio, y en especial el con-sentimiento o la participación del otro en el juego discursivo.

Veremos dos puntos relevantes en esta línea de la compleción retórica del discurso entimemático: la actuación sobre el otro mediante su participación en (1) la integración de las premisas, y (2) la conformación y asunción de la conclusión. También será distinto el planteamiento adoptado: discurrirá primordialmente a través de ejemplos[16].

(A) La compleción mediante la captación e integración, no necesariamente expresa, de los oportunos supuestos o premisas.

Representa la situación más habitual, en la que se invita a completar un mensaje discursivo sobre la base de un determinado fondo lingüístico e ideológico compartido –un entorno cognitivo común, un guión conocido–. Valga como ejemplo un eslogan publicitario típico: "X lava más blanco". Envuelve supuestos implícitos como los siguientes: (a.1) X es un detergente; (a.2) X es un detergente para ropa blanca; (a.3) hay una escala de eficacia de lavado definida por grados de blancura –y esta consideración es la única pertinente para el cas—; (a.4) en esta escala, más es mejor que menos; (a.5) en consecuencia, X es el producto más recomendable; así pues, (a.6) compre –use– X. Son supuestos familiares y efectivos sin necesidad de una explicitación como la hecha ahora con fines ilustrativos

En general, cabe decir que todo uso de entimemas en nuestro ejercicio común del discurso descansa en unos supuestos tácitos, pero activos, de este género. Pero a partir de ahí pueden presentarse casos más complicados (de tipo B), o más complejos (de tipo C).

(B) El problema de los ajustes de la compleción-reconstrucción.

Situémonos en un escenario estival de hace ya bastante años. Estamos sufriendo una larga temporada de frecuentes y voraces incendios forestales. El Ministerio del ramo se cree en la necesidad de montar una campaña publicitaria para crear una conciencia preventiva y hacer que los ciudadanos se consideren directamente involucrados en el problema. La campaña parte de esta advertencia-amonestación: "Si un monte se quema, algo suyo se quema", eslogan que empieza a cundir por los diversos medios de co-

[16] Todos ellos procederán de mi libro *Si de argumentar se trata*, Barcelona, Montesinos [BDT 76], 2003.

municación. Pocos días después, "el Perich" –Jaume Perich, humorista de reconocido ingenio– inserta en su habitual espacio de periódico este mismo eslogan con un simple añadido:

> "Si un monte se quema, algo suyo se quema, señor conde".

Este chiste del Perich no solo tiene gracia sino claros efectos discursivos, al dejar en evidencia alguno de los supuestos que parecen obrar en la pretendida eficacia del eslogan: (b.1) los montes son bienes públicos; (b.2) los bienes públicos son bienes de todos; (b.3) los bienes de todos son bienes de cada uno. La argumentación implícita en el eslogan se ve rebatida por una réplica que muestra una falacia de ambigüedad en la apelación a (b.2) y/o una falacia de '*non sequitur*' en la línea inferencial: dado (b.2), se sigue (b.3). Ahora bien, ¿la reconstrucción en términos de (b.1)-(b.3) es fiel y se corresponde con el entimema del ministerio? ¿No podría haber una contra-réplica ministerial en la línea de (b.4), el cuidado y la preservación de los bienes públicos interesan a todos y cada uno de los miembros de la comunidad? Esta posible contra-argumentación dialéctica por parte del Ministerio se quedó en mera posibilidad y el chiste del Perich arruinó la campaña apenas iniciada: una señal de las diferencias y distancias entre la rebatilidad dialéctica y la eficacia retórica. Pero el episodio también puede ilustrar otros problemas de ajuste como este: ¿la reconstrucción ha de hacerse en atención a lo que tiene en mente y quiere decir el agente discursivo, el orador o emisor, o en atención a lo que entiende el auditorio, o más bien procurarse una zona de entendimiento mutuo o de solapamiento? Por otro lado, también puede recordar el papel del principio de caridad interpretativa: no cabe tomar la réplica del Perich como si diera a entender que todos los montes en España son propiedades o heredades aristocráticas, aunque ésta pudiera ser una implicación implícita en su coletilla.

(C) (Mini–)sistemas de tópicos

Las suposiciones (b.2) y (b.3), mencionadas en el ejemplo anterior, pueden considerarse *tópicos* pertenecientes al trasfondo cognitivo o ideológico que obraba en el contexto del eslogan. Tiene interés observar que su eficacia retórica descansa, en parte, en su integración inferencial: nada más plausible, a primera vista, que lo que se dice de *todos* los miembros de un conjunto, también se aplicará a *cada uno* de ellos –incluso en lógica de cuantificadores hay una regla de deducción que consiste en la instanciación de una cuantificación universal–. Estos casos relativamente simples son sintomáticos de que el poder de convicción de los tópicos suele descansar en un bloque más o menos compacto de interrelaciones plausibles[17].

[17] Desde otro punto de vista, en la tradición de *l'Argumentation dans la langue*, también se han estudiado correlaciones entre *formas tópicas* que consisten en asociaciones de recorridos

Por ejemplo, consideremos el tópico: "conviene beneficiar a los amigos de nuestros amigos". No solo se apoyaría en otro tópico más básico, "conviene beneficiar a nuestros amigos", sino que traería asociado un entramado de transferencias de amistades y enemistades como el siguiente: (1) "los amigos de nuestros amigos son nuestros amigos", (2) "los enemigos de nuestros enemigos son nuestros amigos", (3) "los amigos de nuestros enemigos son nuestros enemigos" y (4) "los enemigos de nuestros amigos son nuestros enemigos". Todas estas relaciones de transferencia son meramente plausibles, no constituyen relaciones lógicas de transitividad en absoluto, ni se derivan del análisis semántico del concepto de la amistad. Pero, curiosamente, tienen una trama similar a la regla de los signos positivo '+' y negativo '−' para la multiplicación de números enteros, si atribuimos el signo *más* ('+') a la amistad y el signo *menos* ('−') a la enemistad: *más* por *más* da *más*; *menos* por *menos* da *más*; *más* por *menos* da *menos*; *menos* por *más* da *menos*.

No traigo a colación esta última curiosidad para dar satisfacción a los buscadores de estructuras innatas o universales por el ancho campo del discurso, sino para resaltar una característica ya conocida de los tópicos y de su papel estratégico en los entimemas. Se trata de que un tópico puede actuar bien como una proposición de cobertura o una premisa de apoyo, declarada o no, o bien como un esquema tácito de inferencia. En este segundo caso, funciona como un patrón o una regla, i.e. de modo similar a como funciona la citada regla de operar con los signos *más* y *menos*. Valga como ilustración lo que sigue.

Supongamos que Juan trata de convencer a Pedro de que eche una mano a Carlos en un concurso convocado para cubrir una plaza:

> «– Debes ayudar a Carlos a sacar la plaza. Si la saca, tú también sacarás provecho.
>
> - No veo por qué –contesta Pedro–. Apenas conozco a Carlos».

Haciendo uso y mención proposicional de los tópicos pertinentes, Juan puede argüir:

> «– Pero Carlos es amigo mío. Tú y yo somos amigos y siempre nos han venido bien los favores mutuos, ¿o no? Así que recuerda el dicho de que se debe favorecer a los amigos[18], porque Carlos viene a ser un amigo, pues también es un axioma eso de que: "los amigos de mis amigos son mis amigos", es decir: el amigo de uno de nosotros dos es amigo de ambos».

---

entre dos escalas o predicados graduales, e.g. del tipo "cuanto más…, mejor…" o "cuanto menos…, más…", etc.

[18] Hay, en efecto, un descarado refrán castizo que prescribe lo que se ha de dar al amigo y al enemigo, así como aplicar "al indiferente la legislación vigente".

Explicitando la argumentación de Juan en el orden convencional de un *argumento*, resulta la secuencia: (a) los amigos de mis amigos son mis amigos –proposición tópica–; (b) el amigo de uno de nosotros dos es amigo de ambos –aplicación expresa al caso–; (c) Carlos es amigo mío, y (d) tú y yo somos amigos –constataciones expresas–; en consecuencia, (e) Carlos es amigo de ambos, y (f) en particular resulta ser amigo tuyo –conclusiones tácitas: (e) a partir de (b) y (c), (f) a partir de (e)–; por añadidura, (g) se debe favorecer a los amigos –proposición tópica–; luego, en suma, (h) debes favorecer a Carlos, i.e. ayudarle a sacar la plaza.

En cambio, si Juan optara por inducir a Pedro a que él mismo compartiera el uso inferencial de ambos tópicos, podría argüir de modo algo más sutil como sigue:

> «– Hombre, Pedro, me sorprende que alguien tan despierto como tú me salga ahora con eso. ¿No sabías que Carlos es un buen amigo mío? Pues bien, te aseguro que, desde ese puesto, podrás contar con él como conmigo mismo».

Ahora los dos tópicos indicados obran tácitamente como estereotipos inferenciales. Así, el tópico antes contraído a la proposición expresa (g) actúa aquí bajo la forma: 'si X e Y son amigos, es plausible pensar que uno debe beneficiar al otro', y sanciona implícitamente el paso de un correlato expreso de (e) a un correlato tácito de (h): Juan ahora da por supuesto que esta es la conclusión a la que se verá llevado Pedro, y que será más probable que la asuma al llegar a ella por su cuenta. Este juego de implícitos y explícitos es un valioso servicio de los entimemas retóricos, donde las opciones por el uso proposicional o inferencial de los tópicos y los sobreentendidos se ponen estratégicamente al servicio de una expresión no solo sumaria o incompleta, sino sobre todo eficaz, sugerente y persuasiva: una expresión atenta a qué conviene decir y cómo decirlo.

Pero el valor de la inducción entimemática retórica aún se acentúa más cuando actúa a partir o a través de insinuaciones. Valor y eficacia que pueden obrar sobre el destinatario del discurso tanto para bien, en la línea de un buen entendimiento ("intelligentibus pauca") y de una convicción racional, como para mal, en la línea de inducciones falaces que nublan el entendimiento y crean suspicacias o predisposiciones irracionales (el despliegue de sombras de sospecha, la alusión como elusión de la carga de la prueba, etc.). Veamos, en fin, este punto en el apartado siguiente y último.

(D) Un paso más allá en la compleción del entimema: la inducción de la conclusión.

Pasemos ahora a considerar la peculiar eficacia de la inducción retórica. Difiere de los modos genéricos en que los actos de habla hacen cosas con palabras. La diferencia no reside en que los efectos retóricos sean más seguros o menos eventuales que los *perlocutivos*. Más bien parece estribar

en puntos como este: la dimensión ilocutiva de una expresión comporta una intención por parte del hablante y una inferencia congruente de lo que él ha querido decir/hacer por parte del oyente, y la perlocutiva, se cumpla o no, habrá de atenerse a esta inferencia, mientras que la inducción retórica puede obrar como desencadenante de una serie de inferencias en la mente del oyente y de unas actuaciones subsiguientes, en un proceso que pasa a discurrir por cuenta propia. El oyente ya no se limita a entender y a responder o reaccionar a lo que se le dice, sino que a partir de lo dicho por el hablante –así como de lo sugerido o insinuado–, empieza a pensar por su cuenta y a sacar sus propias conclusiones. El poder retórico de inducir descansa entonces no sólo en un *plus* de sentidos y significados implícitos o solapados, más allá de la fuerza ilocutiva expresa del discurso, sino también en la puesta en marcha de unos procesos inferenciales y unos cursos de acción que el interlocutor asume y sigue por ser suyos, aunque no dejen de responder a las intenciones y a la estrategia inicial del inductor si este tiene éxito. Los pasos de esta estrategia, a veces, devienen perceptibles: el primer paso es crear una predisposición receptiva; después se van haciendo insinuaciones veladas en la dirección pretendida, no sin merodeos y reticencias que celen este propósito, pero que alimenten o incluso aumenten la tensión; llegará luego la hora de un toque más decidido en algún momento crítico; hasta dar al final una asistencia más franca y el oportuno impulso al interlocutor para que sea él quien haga el resto del camino: "Ya ve cómo están las cosas. Saque usted sus conclusiones". Ni que decir tiene que esta estrategia inductora inicial puede redondearse con algún que otro refuerzo posterior para no dejar cabos sueltos y asegurar el éxito de la empresa.

Una muestra modélica es la conversación que Yago –el inductor– y Otelo mantienen en la escena iii del acto III de *Otelo, el moro de Venecia*, de Shakespeare. Desdémona acaba de salir de escena y Otelo se explaya ante Yago confesando sus sentimientos hacia ella:

«– ¡Adorable criatura! ¡Que la perdición se apodere de mi alma si no te quiero! ¡Y cuando no te quiera será de nuevo el caos!

- Mi noble señor...
- ¿Qué dices, Yago?
- ¿Conocía Casio vuestro amor cuando hacíais la corte a la señora?
- Lo conoció de principio a fin. ¿Por qué me preguntas eso?
- Sólo para dar satisfacción a mi pensamiento, no por nada más grave.
- ¿Y cuál es tu pensamiento, Yago?
- No creía que Casio hubiera tenido entonces trato con ella.
- ¡Oh, sí!, y a menudo nos sirvió de intermediario.
- ¿De veras?
- "¡De veras!"; sí, de veras... ¿Ves algo en eso? ¿No es él honesto?
- ¿Honesto, señor?
- "¡Honesto!". Sí, honesto.

- Mi señor, por algo así lo tengo.
- ¿Qué es lo que piensas?
- ¿Pensar, señor?
- "¡Pensar, señor!". ¡Por el cielo, me hace de eco como si anidara en su pensamiento algún monstruo demasiado horrible para manifestarse! Tú quieres decir algo.

[Al fin, después de varias vueltas en torno a la honradez y el buen nombre, Otelo se impacienta]

¡Por el Cielo, conoceré tus pensamientos!

- No podríais, aunque mi corazón estuviera en vuestra mano; con mayor razón, mientras se halle bajo mi custodia.
- ¡Ah!
- ¡Oh, mi señor, cuidado con los celos! Es el monstruo de ojos verdes que se burla de las viandas con que se alimenta. Feliz vive el cornudo que ya está seguro de su destino, que no ama a quien le ofende. Pero, ¡qué condenados minutos cuenta el que adora y, sin embargo, duda; el que sospecha y sin embargo ama profundamente!
- ¡Oh, suplicio! [Otelo se resiste, no obstante, a dudar antes de tener pruebas; aunque termina reconociendo que, tras ellas, solo quedará decir adiós al mismo tiempo al amor y a los celos.]
- Me alegro de eso, pues ahora tendré una razón para mostraros más abiertamente la estima y el respeto que os profeso. Por tanto, obligado como estoy, recibid este aviso. No hablo todavía de pruebas. Vigilad a vuestra esposa, observadla bien con Casio. Servíos entonces de vuestros ojos, sin celos ni confianza. No quisiera que vuestra franca y noble naturaleza se viera engañada por su propia generosidad. Vigiladla. Conozco bien el carácter de nuestro país: en Venecia, las mujeres dejan ver al cielo las tretas que no se atreven a mostrar ante sus maridos; su buena conciencia estriba no en no hacer, sino en mantener oculto lo que hacen.
- ¿Eso me cuentas?
- Ella engañó a su padre para casarse con vos. Y cuando parecía estremecerse y tener miedo a vuestras miradas, era cuando las deseaba más.
- Así fue, en efecto.
- Sacad entonces la conclusión».

4. Algunas directrices estratégicas para tratar con entimemas

Como colofón, me permitiré aventurar algunas directrices relativas a la construcción y a la evaluación de entimemas, sin mayores pretensiones que las que puedan tener unas simples indicaciones y sugerencias prácticas. Las primeras, (a), se dirigirán al lector como potencial agente emisor del discurso; las segundas, (b), como receptor o en el papel de observador crítico. En ambas prevalece la consideración de la argumentación como interacción sobre la del argumento como producto textual –y sobre otras eventuales dimensiones y matices–.

(a) En orden a la construcción de entimemas eficaces

(a.1) A propósito de la relación entre lo explícito y lo implícito:

(1.1) La "corrección (o incorrección)" social e ideológica o el sentir común de la sociedad en un momento dado funcionan de modo global o difusivo. Así pues, la explicitación de las suposiciones más profundas o de las presunciones más compartidas favorece la aceptación de implícitos –y a la inversa, la provocación o el atentado al sentido común tiende a poner en guardia tanto frente a lo dicho como frente a lo no dicho–. E.g., si uno dice manifestarse "en defensa de la familia" podrá colar de rondón ciertos tópicos religiosos e ideológicos tradicionalmente asociados que, expresados por sí mismos, podrían resultar inaceptables.

(1.2) No conviene explicitar más de lo debido: por un lado, ser claro y contundente no implica ser prolijo –más bien al contrario, la prolijidad aturde al interlocutor o al auditorio y debilita la posición propia–; por otro lado, el lema "intelligentibus pauca" no solo representa o procura entendimiento, sino complicidad. Sin embargo, puede haber situaciones en las que el caso demande explicaciones expresas o justificaciones cumplidas.

(a.2) En relación con la cobertura tópica:

La inducción o la actuación sobre las creencias o disposiciones del receptor a través de pautas de inferencia suele ser más sutil y convincente que la que descansa en proposiciones o máximas expresas.

(a.3) En relación con la compleción:

Suele ser más eficaz poner al receptor en condiciones de explicitar, asumir o adoptar la conclusión de la argumentación –"saque usted mismo la conclusión"–, que las premisas.

(b) En orden a la evaluación de entimemas propuestos

(b.0) Una observación de carácter general:

La reconstrucción de un entimema como un argumento textual, al margen de su contexto, puede ser aceptable a efectos lógicos y analíticos o didácticos –e.g. como ejemplificación de un esquema argumental–, pero no es un procedimiento relevante y aceptable a efectos argumentativos o contra-argumentativos, salvo que sea realmente asumido por el emisor.

(b.1) Explícito / implícito:

(1.1) Directriz de juego limpio: procure hacer explicitaciones reconocibles y asumibles por el proponente o reconstrucciones que se atengan a la argumentación en cuestión sin tratar de deformarla o caricaturizarla (e.g. evite las tentaciones de reducción o simplificación).

(1.2) Directriz de caridad: dé prioridad a la interpretación más fuerte o a la más favorable para las intenciones o los intereses del emisor entre las permitidas por la directriz anterior.

Ambas previenen contra sesgos típicos como la "falacia del hombre de paja".

(1.3) Pero no se prive de la explicitación cabal de las suposiciones decisivas y de las asunciones relevantes tanto a efectos analíticos, como a efectos de contra-argumentación, e.g. mediante la exploración de implicaciones o mediante la exigencia de satisfacción de la responsabilidad de la prueba –cf. también en este sentido la directriz de cautela (b.3)–.

(b.2) Cobertura tópica:

Examine en la medida de lo posible proposiciones o traducciones proposicionales de los supuestos en juego: por lo general, es más fácil tratar críticamente con proposiciones que con reglas de inferencia.

(b.3) Respete las condiciones de distribución de la carga de prueba congruentes con el tipo de discurso empleado (e.g. asunciones, presunciones, presuposiciones, aserciones…) y con el marco dialéctico de plausibilidad y rebatibilidad en que se mueve la argumentación.

(b.4) Como toda argumentación envuelve un trasfondo tácito o implícito, el derecho a pedir explicitaciones y precisiones puede llevarse a un punto de abuso: conducir a un regreso sin fin y convertirse en una estratagema ilegítima en la medida en que representa una especie de filibusterismo discursivo para colapsar la discusión, coloca al proponente en una posición insostenible en principio. Dicho de otro modo: en los entimemas, así como no puede darse por descontado todo, tampoco puede ponerse todo en cuestión; tanto un extremo como el otro malograrían la comunicación y el entendimiento mutuo, en suma la conversación, de modo que harían inviable el debate razonable.

CONFLICTOS TRÁGICOS Y DERECHO. POSIBLES DESAFÍOS

Guillermo Lariguet[1]
CONICET, Argentina

Resumen. Mi propósito para este trabajo consiste en ofrecer una caracterización general de 'conflicto trágico' en el dominio de los valores o principios morales o jurídicos. En efecto, quiero explorar algunos de los principales desafíos que los juristas deben analizar si se admitiese la existencia de una clase especial de conflicto normativo: los conflictos trágicos.
Dividiré este trabajo de la siguiente manera. Primero, mostraré los más importantes desacuerdos que los filósofos mantienen acerca de la naturaleza de la categoría "conflicto trágico". Segundo, expondré en términos generales algunos de los principales desafíos que los conflictos trágicos opondrían al derecho. Finalmente, sugeriré algunos problemas relacionados a los límites de la racionalidad jurídica, exponiendo sus principales consecuencias filosóficas.

Abstract. My purpose for this work is to offer a general characterization of the category of 'tragic conflict' in the domain of legal or moral values or principles. I want to explore some of the main challenges that lawyers must analyze if they admit the existence of an special class of normative conflicts: tragic conflicts. I will divide this work in the following manner. First, I will show the most important disagreements that philosophers maintain about the nature of the category "tragic conflict". Second, I will expound in general terms some of the principal challenges that tragic conflicts would oppose to the law. Finally, I will suggest some problems related to the limits of legal rationality, showing its main philosophical consequences.

[1] Conicet, CIFFYH, Universidad Nacional de Córdoba, Argentina. Quiero agradecer especialmente a Rodrigo Sánchez Brígido por las observaciones que hiciera a una versión previa de este trabajo. También discutí este trabajo en el Seminario de Filosofía del Derecho que dirige el Profesor Ricardo Caracciolo en la Universidad Nacional de Córdoba. En este sentido, debo mucho a las observaciones de Caracciolo, Juan Iosa, Celia Abril, Federico Arenas, María del Carmen Cerutti y Paula Gaido.

> "Las tragedias terminan mal. El personaje trágico es destruido por fuerzas que no pueden ser entendidas del todo ni derrotadas por la prudencia racional. Cuando las causas del desastre son temporales, cuando el conflicto puede ser resuelto con medios técnicos o sociales, entonces podemos contar con teatro dramático, pero no con la tragedia. Leyes de divorcio más flexibles no podrían modificar el destino de Agamenón; la psiquiatría social no es respuesta para *Edipo.* Pero las relaciones económicas más sensatas o mejores sistemas de cañerías *pueden* resolver algunas de las graves crisis que hay en los dramas de Ibsen. Conviene tener bien presente esta distinción. La tragedia es irreparable. No puede llevar a una compensación justa y material por lo padecido. Al final Job recibe el doble de asnas; y así tenía que ser, pues Dios había representado con él una parábola de la justicia. A Edipo no le devuelven la vista ni el cetro tebano. El teatro trágico nos afirma que las esferas de la razón, el orden y la justicia son terriblemente limitadas y que ningún progreso científico o técnico extenderá sus dominios.[2]

1. Introducción

Hay conflictos de valores que se consideran trágicos. En la literatura de filosofía moral se los conoce con el nombre de "dilemas morales"[3]. Aunque todavía no resulta del todo claro cuándo un conflicto es "genuinamente" trágico, suele aceptarse que tal cosa ocurre cuando: i) el conflicto no tiene

[2] Steiner, George: *La Muerte de la Tragedia,* Traducción de E.L.Revol, Monte Ávila Editores, Barcelona, 2001, pp. 12-13.

[3] Al igual que filósofos como Bernard Williams, en el contexto de este trabajo, emplearé las expresiones 'conflictos trágicos', 'casos trágicos' y 'dilemas morales' de manera indistinta. No pretendo suscitar debate conceptual con este uso sino, más bien, poner en evidencia los lazos entre dos tradiciones discernibles: la literaria y la filosófica. Pienso que los literatos, particularmente los trágicos (los griegos, los del período isabelino, etc..) *intuyeron, pusieron en escena y plantearon los principales problemas y 'soluciones'* a la cuestión de los dilemas morales. Los trágicos griegos (Esquilo, Sófocles, Eurípides) y los isabelinos (emblemáticamente Shakespeare) presentaron la más amplia *fenomenología moral* de situaciones que los *filósofos* acostumbran a tratar conceptualmente a partir del término 'dilemas morales'. Con otras palabras, mientras los trágicos desarrollaron sus intuiciones con instrumentos metafóricos o alegóricos, los filósofos desarrollaron investigaciones conceptuales con el propósito de reconstruir los problemas filosóficos subyacentes a dichas intuiciones. Por cierto que mi pretensión de no suscitar debate conceptual con el mencionado uso no erradica la posibilidad de que tal debate surja. Por ejemplo, hay filósofos que podrían sostener que, tras la caracterización de un dilema moral como un caso de "conflicto trágico" se postula la tesis del "mal inevitable" o de la "consecuencia trágica"; tesis que subyace al planteo de Agamenón cuando, interrogándose a sí mismo, expresa "¿cuál de estos caminos estará libre de males?". En efecto, filósofos como David Martínez Zorrilla plantean que la tesis del mal inevitable o de la consecuencia trágica tiene solo una conexión "contingente" con los dilemas morales porque podría haber situaciones dilemáticas que no tengan estas consecuencias. Bien puede decirse que una posición como la de David me enfrenta a algo que no quiero suscitar: un debate conceptual. Si éste fuera el caso, no es éste el lugar para intentar saldarlo. Pero si tuviese que entrar a este debate, cosa que no quiero hacer aquí pues solo planteo las cosas en término de un uso indistinto

resolución racional posible[4], por ejemplo porque los valores o principios contendores son considerados mutuamente inderrotables[5] o incomparables[6] o ii) el conflicto podría ser resuelto eligiendo uno de los principios, pero esta elección entrañaría sacrificio o pérdida moral.

El punto es que si hay conflictos trágicos genuinos se podría activar una tesis en virtud de la cual se sostenga el carácter *limitado* de la racionalidad[7] y, para el caso concreto del derecho, lo que podría denominarse como el carácter limitado de la "racionalidad jurídica".[8]

Precisamente, en *Juicios Salomónicos,* Jon Elster entiende que la racionalidad tiene "límites", entre otras cosas, cuando "la razón no nos dice qué hacer en ciertos casos"[9]. Elster examina varias hipótesis que explican esta incapacidad de la razón: por ejemplo, problemas de indeterminación e inconmensurabilidad. Elster mantiene algo importante y es lo siguiente: que, pese a que la tesis pueda parecer irremediablemente obvia, no lo es en cuanto se advierte la reticencia expresa o tácita de la mayoría de los filósofos a

---

de las expresiones "dilema moral" y "conflicto trágico", lo que diría es lo siguiente: estoy de acuerdo con la observación de David pero esto no liquida todavía un punto que yo exploro en este trabajo y es el siguiente: que los dilemas que tiene en mente David aun si involucran problemas morales no son "trágicos". Desde luego, yo estoy interesado en esta última posibilidad. Sobre la cuestión véase Martínez Zorrilla, David: "Conflictos Constitucionales, Ponderación e Indeterminación Normativa", Tesis Doctoral, Versión Manuscrita, ps. 348 y ss.

[4] Por 'resolución racional' entiendo una solución que pueda ser sometida a algún test de control racional. Como se sabe, los test de control racional varían según el tipo de teoría que se ofrezca. Aquí no necesito comprometerme con ninguna teoría en especial.

[5] McConnell, Terrance: "Moral Dilemmas", en *Stanford Encyclopaedia of Philosophy*, p. 2. (se encuentra en internet).

[6] Véase Gowans, Christopher: "Introduction. The Debate on Moral Dilemmas", en *Moral Dilemmas,* edited by Christopher. W. Gowans, Oxford University Press, Oxford, 1987, pp. 25, 29-30.

[7] Aquí no necesito comprometerme con ninguna tesis acerca del carácter unitario o fragmentario de la razón práctica en general ni con alguna versión específica de la deliberación racional ni con alguna teoría específica de la racionalidad jurídica.

[8] Por 'racionalidad jurídica' entiendo cualquier conjunto de argumentos que satisfaga, cuando menos, dos condiciones: ser considerados jurídicos –conforme a algún criterio determinado– y susceptibles de algún tipo de control racional; el "contenido" de ambas condiciones depende, a su vez, de qué teoría de la racionalidad del derecho y de la argumentación jurídica se adopte. Aquí no defiendo ninguna teoría específica sobre la racionalidad del derecho y la argumentación jurídica. Para una referencia a este tipo de cuestiones véase Atienza, Manuel: "Los límites de la interpretación constitucional". De nuevo sobre los casos trágicos, en *Interpretación jurídica y decisión judicial,* Rodolfo Vázquez Compilador, Doctrina Jurídica Contemporánea, Fontamara, México, 2002.

[9] Elster, Jon: *Juicios Salomónicos.Las limitaciones de la racionalidad como principio de decisión,* Traducción de Carlos Gardini, Gedisa, Barcelona, 1995, p. 9.

admitir algo así. Sin embargo, no admitir la naturaleza limitada de la razón, le parece a Elster, un compromiso con la *irracionalidad*.[10]

A pesar de que la tesis de Elster pueda ser nítida, ella no es *irrefutable*[11].

Muchos filósofos han desarrollado argumentos diversos e interesantes para mostrar porqué los dilemas morales "genuinos" no existen, son productos de ficción[12], y por tanto no desafían la racionalidad.

En el caso del derecho resulta ya casi un lugar común traer a Ronald Dworkin como un campeón que puede poner en aprietos la tesis mencionada. Como se sabe, Dworkin piensa que hay una sola respuesta correcta en casos difíciles, aun si esto no puede ser demostrado. Incluso en un artículo reciente, donde discute ideas de Isaiah Berlin que apoyan la existencia de conflictos trágicos, él ha sostenido que esto no es así si uno puede emplear otra concepción de los valores y sus relaciones.[13]

En el presente trabajo intento contrarrestar una cierta tendencia de la filosofía jurídica a olvidar el problema de los conflictos trágicos[14]. Particularmente me interesa *explorar* algunos de los principales desafíos que tendría que enfrentar el derecho *si se aceptara* que existen conflictos trágicos genuinos.

---

[10] Elster, Jon: *Juicios Salomónicos.Las limitaciones de la racionalidad como principio de decisión,* op.cit, p. 9.

[11] No me parece trivial recordar que un argumento que logre refutar una tesis filosófica –en caso que esto fuera posible– es relativo a una manera de concebir la argumentación racional, los argumentos compelentes y la refutación. Sin pretensiones de exhaustividad y solo a modo de ejemplo recuérdese que lo que es "compelente", "racional" y "refutativo" en los *Diálogos* de Platón cambia considerablemente en la *República* que es donde Platón sugiere la necesidad de una "teoría de las formas" (eidética) que proporcione una base "imparcial" para resolver "racionalmente" cuál es la mejor forma de concebir la naturaleza de la argumentación, su importancia para la deliberación práctica y la obtención de acciones concretas. Si Platón logró diseñar una base así es algo que es motivo de una discusión que no necesito revisar aquí. Pero repárese que esta "tradición" que inicia Platón –en franca oposición a una manera de argumentar que los sofistas desarrollan y cuya desarticulación o intentos de desarticulación Platón inicia en el Gorgias– es reformulada por Aristóteles a partir de una concepción teleológica de la vida y una teoría de las virtudes.

[12] Hare, Richard: "Cómo resolver los problemas morales racionalmente", en *Racionalidad. Ensayos sobre la racionalidad en ética y política, ciencia y tecnología,* León Olivé (Compilador), Siglo XXI Editores, México, 1988, p. 69.

[13] Dworkin, Ronald: "Do Liberal Values Conflict?", en *The Legacy of Isaiah Berlin,* Edited by Ronald Dworkin, Mark Lilla and Robert. B. Silvers, New York Review Books, 2001, especialmente pp.83-85. También hay muchas sugerencias de Dworkin acerca de cómo concebir los conceptos referidos a valores y sus relaciones en "Hart's Postscript and the Character of Political Philosophy", Oxford Journal of Legal Studies, Vol. 24, Nº.1, 2004, pp. 1-37.

[14] Tendencia sobre la que ya advirtiera hace algunos años Atienza, Manuel: "Los límites de la interpretación constitucional". De nuevo sobre los casos trágicos, en *Interpretación jurídica y decisión judicial,* op. cit., pp. 198-200.

Dado este interés, mi *propósito* para este trabajo es *modesto* en el siguiente sentido: consiste en ofrecer *un mapa o lista de carácter general* que articule una base para discutir los principales problemas de caracterización de los conflictos trágicos y sus posibles desafíos para el derecho.

En este trabajo procederé como sigue. Primero ofreceré una caracterización general de conflicto trágico, destacando algunos de los principales problemas y desacuerdos a la hora de lograr una caracterización uniforme. Segundo expondré una lista con algunos de los posibles desafíos que entrañaría la aceptación de conflictos trágicos genuinos para un campo como el jurídico. Sobre esta lista vale la pena aclarar dos cosas: primero que ella no intenta ser *exhaustiva,* pues solo explicita posibles desafíos que considero importantes en función de mis actuales intereses filosóficos; segundo que los desafíos de esta lista solo serán "presentados", su análisis detallado debe ser diferido para un futuro trabajo independiente. Para finalizar sugeriré *algunas* cuestiones en torno al alcance que podría tener la tesis de los límites de la racionalidad jurídica y expresaré cuáles podrían ser *algunas* de sus consecuencias posibles.

2. La caracterización de los conflictos trágicos. Principales problemas

¿Cuándo un conflicto es trágico? La respuesta a esta pregunta no puede simplemente apoyarse en la explicitación del origen etimológico de la expresión 'tragedia' que, en griego, significa "chivo"[15]. No puede ser ésta la respuesta a menos que se crea que la etimología es la base para liquidar conceptualmente la cuestión. Esta salida podría incurrir en una falacia ad-antiquitam que aquí no es necesario cometer.

La respuesta es complicada porque, pese a la profusión bibliográfica reinante en filosofía moral y política, la cuestión dista de ser clara debido a que el *núcleo conceptual* de la categoría conflicto trágico no está completamente precisado.

En virtud de que el núcleo conceptual de esta categoría no es claro, es que los filósofos desacuerdan en torno a la siguiente cuestión: cuándo un conflicto trágico es "genuino" o meramente "aparente".

---

[15] Hay varias explicaciones posibles para este origen. Para algunos refiere a que el premio –para los poetas trágicos que ganaban una contienda relativa a cuál era la mejor tragedia– era un chivo.

Para otros el "chivo" es una metáfora de lo que es una tragedia: un chivo tiene un frente majestuoso pero sus partes traseras son sucias y desagradables. La metáfora, así, refiere a historias que comienzan maravillosamente y terminan en forma espantosa. Piénsese en Edipo que comienza salvando a Tebas de una peste y es coronado rey, siendo que era hijo –presuntamente– de un pastor de cabras. El fin de Edipo –terrible– es conocido por todos.

Las maneras de enfocar esta cuestión son divergentes. Esto es así por cuanto pareciera que los *criterios* que emplean los filósofos para identificar un caso trágico son múltiples y dispares. Lo que sigue es un intento de corroboración de mi afirmación

2.1. Imposibilidad de resolución racional

Se admite que un conflicto trágico, esto es, un dilema moral, refiere a una situación en que un agente está tironeado por dos valores o principios incompatibles. Un ejemplo ya clásico es el que surge del *Existencialismo es un humanismo* de Sartre[16], donde un joven estudiante francés tiene ante sí dos acciones incompatibles: cuidar a su madre o unirse a los aliados en su lucha contra los nazis.

Un rasgo que suele alegarse para sostener que hay conflictos trágicos *genuinos* es que éstos, a diferencia de los "casos difíciles", *no tienen resolución racional posible.* El *bloqueo* a una resolución racional posible puede explicarse en diversas alternativas. Por ejemplo, porque se reputa que el conflicto es análogo a una situación grave de indeterminación donde no puede aplicarse el principio de bivalencia que controle la verdad o corrección de una respuesta al problema[17]. Por ejemplo, esto podría ocurrir porque se estima que hay valores o principios en conflicto que son inconmensurables. Si son inconmensurables no se puede decir cuál de ellos es mejor o peor y, en consecuencia, quedaría precluida la ponderación como posible método de solución.

En muchas ocasiones, sin embargo, se afirma, en el mismo estilo que Isaiah Berlin[18], que puede haber una solución del conflicto pero con "sacrificio" o "pérdida moral".

La idea de que hay "sacrificio" remite al hecho de que la elección por uno de los valores o principios ha dejado algo valioso en el camino: el otro valor o principio dejado a un lado. Siendo así las cosas, la idea de que hay elecciones con sacrificio no el del todo clara porque supone, en el fondo, que la respuesta no es correcta. Precisamente, un núcleo de la categoría de conflicto trágico pareciera vincularse a la idea de que cualquier respuesta al problema no es correcta. Pero, si es así, ¿qué tipo de línea divide la idea de

---

[16] Sartre, Jean Paul: *El Existencialismo es un Humanismo,* Traducción de Manuel Lamana, Losada, Bs As, 2003, pp. 21-22.

[17] Shafer Landau, Russ: "Ethical Disagreement, Ethical Objectivism and Moral Indeterminacy", en *Philosophy and Phenomenological Research,* Vol.LIV, Nº.2, 1994, pp. 332-335. Shafer Landau también examina, con relación a los dilemas morales genuinos, el problema de la inconmensurabilidad. Ver p. 333.

[18] Por ejemplo, en Berlin, Isaiah: "Dos Conceptos de Libertad", en *Cuatro Ensayos sobre la Libertad,* versión castellana de Julio Bayón, Alianza Editorial, Madrid, 2003, p. 224.

que no hay respuesta racional posible de la idea de que hay respuesta con sacrificio? La línea o bien es tenue o bien es inexistente desde que podría pensarse que ambas alternativas son descripciones diferentes del mismo problema: la imposibilidad de dar respuestas correctas a ciertos casos.

Por lo pronto, piénsese en que ambas alternativas podrían tener en común dos aspectos: primero, que cualquier cosa que haga el agente se puede ver como incorrecta y, segundo, que lo que hay en un conflicto trágico es *elección* de un valor o principio en detrimento del otro, un puro acto *decisionista.* En este último supuesto, se entiende, al menos en una visión *estándar*[19]*,* que el hecho de afirmar que solo hay elección, es equivalente con afirmar que *no hay base objetiva alguna* para dirimir si la elección es correcta. Extrapolando esto al ámbito de los conflictos entre principios constitucionales, esta visión no parece discrepar mucho de la que mantiene un filósofo del derecho como Riccardo Guastini para quien, la "ponderación" entre principios constitucionales en conflicto, no es más que el nombre de una *elección* por uno de los principios, que produce un *sacrificio,* y que está montada en el *juicio subjetivo* de lo que a un juez *le parece justo o menos injusto* para *ese* caso[20]. Hasta qué punto el enfoque de Guastini no *transforma todo* conflicto entre principios constitucionales en un conflicto de tipo trágico es algo que no puedo entrar a considerar aquí.

2.2. Derrotabilidad vs. inderrotabilidad

Hegel pensaba que la "tragedia" de un conflicto residía en que cada valor (él hablaba de "sustancias morales") en conflicto tenía, mirado en sí mismo, justificación.[21] Observando las cosas con el lente de Hegel se podría pensar que, las leyes del estado invocadas en *Las Bacantes*[22] por Penteo para

---

[19] Cuando digo "estándar" me refiero a la visión común según la cual los productos de actos de voluntad son "decisionistas" en un sentido "no racional". Pero la cuestión dista de ser tan clara porque, después de todo, el enfoque de los actos que son productos de elecciones voluntarias depende de la relación que se establezca entre voluntad y razón. Sobre esto véase Sartori, Giovanni: *La Política. Lógica y Método en las Ciencias Sociales,* Traducción de Marcos Lara, Fondo de Cultura Económica, México, 2002, pp. 92-93.

[20] Guastini, Riccardo: "Los principios en el derecho positivo", *Distinguiendo. Estudios de teoría y metateoría del derecho,* Traducción de Jordi Ferrer i Beltrán, Gedisa, Barcelona, 1999, pp. 167-171.

[21] Ver Hegel, G.W.F: *Fenomenología del Espíritu,* Traducción de Wenceslao Roces con la colaboración de Ricardo Guerra, Fondo de Cultura Económica, México, 2003, especialmente pp.425-431. Para una explicación de la postura de Hegel y su relación con los intuicionistas británicos véase Gowans, Christopher: "Introduction. The Debate on Moral Dilemmas", op. cit., pp. 10-12.

[22] Como se sabe, obra de Eurípides.

repudiar los ritos dionisíacos, están *tan justificadas* como las leyes divinas invocadas por los que defienden la necesidad de realizar los ritos.

Igualmente, las leyes del estado invocadas por Creonte para negar el derecho a enterrar a un ciudadano considerado traidor a la polis, estarían tan justificadas como las leyes divinas invocadas por Antígona[23] que respaldarían el derecho a enterrar a su hermano.[24]

Ciertamente aquí hay un enjambre de problemas. ¿Qué significa que cada valor esté *justificado?* Cuando se señala que ambos están justificados[25] ¿se está sugiriendo que hay algo así como un *empate* de valores? Pero, después de todo, ¿son comparables las leyes invocadas de uno y otro lado?

Las preguntas formuladas, si tienen sentido, muestran que la cuestión de cuándo un conflicto trágico es genuino no es clara, pese a la investigación profunda que Hegel realizara sobre el tema.

Aunque Hegel negaba que hubiera, "in the long run", tragedia debido a que postulaba una suerte de "reconciliación final"[26] de los valores[27], uno podría tomar su idea de que cada valor tiene, tomado en sí mismo, justificación.

Que cada valor tenga justificación explica porqué la elección de cualquiera de ellos tornaría no correcta la respuesta y daría sentido a la idea

---

[23] Para un análisis de cómo la concepción del pre-socrático Anaximandro prefigura la idea de tragedia que Sófocles refleja en Antígona véase Soares, Lucas: *Anaximandro y la Tragedia. La proyección de su filosofía en la Antígona de Sófocles,* Biblos, Bs As, 2002, especialmente pp. 61-66.

[24] Véase Steiner, George: *Antígonas. Una poética y una filosofía de la lectura,* Traducción de Alberto Bixio, Gedisa, Barcelona, 1996, p. 31 y ss.

[25] Al analizar el nacimiento de la tragedia Nietzche señala en un conocido párrafo que "todo lo que existe es justo e injusto, y en ambos casos está igualmente justificado". Ver Nietzche, Friedrich: *El Nacimiento de la Tragedia,* Traducción de Andrés Sánchez Pascual, Alianza, Madrid, 2001, p. 98.

[26] La idea de una solución final apunta a que puede haber un estadio de la historia en que los conflictos entre valores sean terminados, disolviendo de esta manera la *fragmentación* de los valores. Tras esta idea hay un complejo trasfondo metafísico. Los presocráticos, Anaximandro por ejemplo, intuían que la tragedia tenía que ver con la fragmentación de la unidad del cosmos en distintas unidades. Sobre esto véase Soares, Lucas: *Anaximandro y la Tragedia. La proyección de su filosofía en la Antígona de Sófocles,* op. cit. La intuición del vínculo entre tragedia y fragmentación de valores es destacada por Nietzche en su examen de muchas tragedias que involucran a Dioniso, que era conocido en la antigüedad griega como Zagreo, quien fuera destrozado por los titanes, quedando fragmentado. De esta "fragmentación" hablarían las tragedias en que Dioniso aparece como un protagonista que se lamenta de su fragmentación originaria. Ver Nietzche, Friedrich: *El Nacimiento de la Tragedia,* op. cit., p. 100 y ss.

[27] Las críticas contemporáneas a la idea de una solución "definitiva" que establezca una unidad armónica de valores tienen como ejemplo paradigmático a Isaiah Berlin. Ver, por ejemplo, Berlin, Isaiah: *El Fuste Torcido de la Humanidad. Capítulos de historia de las ideas,* Traducción de José Manuel Álvarez Flóres, Edición a cargo de Henry Hardy y Prólogo de Salvador Giner, Ediciones Península, Barcelona, 1998, p. 32.

de elecciones con sacrificio como las que tiene en mente un filósofo como Isaiah Berlin cuando piensa en los conflictos entre la libertad y la igualdad o Riccardo Guastini cuando piensa en conflictos típicos entre principios constitucionales[28].

Más técnicamente, filósofos analíticos como Terrance McConnell reconstruyen esta intuición sosteniendo que, si hay un conflicto trágico genuino, esto significa que cada valor o principio en pugna *no puede ser derrotado* por el otro o por cualquier otro valor o principio que se pretenda hacer intervenir a fin de resolver la contienda.

Entonces, si hay tragedia genuina, esto significa que no puede hablarse de que un valor *supere* al otro; en otras palabras, como ha indicado Bernard Williams, la sugerencia de que hay valores superables entraña la idea de obligaciones "prima facie"[29] que no resulta útil para pensar el desafío de los casos trágicos[30]. Ello así porque, según esta tesitura, en estos conflictos la idea de tragedia reside precisamente en que no hay un valor que supere al otro [31], de modo que la estrategia de traer la categoría de obligaciones "prima facie" para intentar *disolver* el problema, puede ser tan tentadora como desafortunada.

Conforme lo anterior, un indicador promisorio de cuándo se produce un conflicto genuino viene dado por la idea de que hay dos requerimientos en pugna que son "inderrotables". Es probable que esta visión esté reforzada por la idea de que cada requerimiento normativo es visto como *incondicionado* a la Kant y, en consecuencia, se observe que cada uno de ellos está respaldado por "razones absolutas"[32], esto, es por razones que no se pueden configurar como prima facie o pro tanto.

Sin embargo, la cuestión está lejos de quedar zanjada. Como señalé anteriormente, hay autores que piensan que hay conflictos trágicos genuinos allí donde está disponible una resolución con sacrificio. Pero una elección con sacrificio *podría* implicar que, de antemano, se ha logrado *inclinar* la balanza a favor de uno de los principios en conflicto. Pero esta inclinación

---

[28] Cuando Guastini piensa en conflictos entre principios constitucionales lo hace en términos de "antinomías parciales-parciales". Cfr. Guastini, Riccardo: "Los principios en el derecho positivo", en *Distinguiendo,* op.cit, p. 170.

[29] Esto explicaría, al menos en parte, porqué Williams piensa que la categoría de los "deberes prima facie" de David Ross es "insuficientemente coflictualista". Véase la respuesta de Williams a Frances Kamm en "Discussion", in *The Legacy of Isaiah Berlin,* op. cit., p. 134.

[30] Williams, Bernard: "Conflicto de Valores", en *La Fortuna Moral,* Traducción de Susana Marín, Universidad Nacional Autónoma de México, México, 1993, p. 100.

[31] Williams, Bernard: "Conflicto de Valores", en *La Fortuna Moral,* op.cit, p. 110; También, en el mismo sentido, Mc Connell, Terrance: "Moral Dilemmas", op. cit., p. 2.

[32] Sobre la categoría "razones absolutas" ver Redondo, Cristina: "Legal Reasons", Versión Manuscrita, p. 2.

está suponiendo lo que antes denegaba: que el valor elegido se considera que supera, en el caso, al otro valor. Las cosas, así, vuelven a estar en el sitio de origen.

Empero, la cuestión en juego puede ser más profunda. Hay filósofos que sostendrían que hay conflictos trágicos pero en una suerte de nivel "intuitivo".[33] Si el agente no es capaz de pasar a un nivel "crítico" que le permita disolver la tragedia, se quedará con la idea, en el mejor de los supuestos, de que la respuesta del caso solo puede estar atada a una elección son sacrificio. Pero, ¿en qué consistiría este nivel "crítico"? Para Richard Hare, que es el autor en el que estoy meditando, este nivel es una amalgama de universalismo kantiano y cálculo utilitarista a la Mill.[34] En cualquier caso, vale la pena aclarar que este nivel crítico podría tener un contenido distinto si el filósofo que enfoca el problema es una suerte de realista moral como Platón.

En efecto, en el libro I de la *República*[35]*,* Céfalo define la idea de 'justicia' diciendo que ella involucra dos exigencias morales: hablar con la verdad y pagar las deudas. Sócrates refuta rápidamente esta definición con un contra-ejemplo. Sócrates quiere mostrar que no siempre es "correcto" pagar las deudas y que no hacerlo, bajo ciertas condiciones, no implica falla moral. Para mostrarlo Sócrates enfrenta a sus interlocutores con un supuesto dilema en que hay un conflicto entre dos normas morales: una que exige pagar las deudas y otra que exige proteger a otros de un daño. Si la deuda tuviera que ver con un arma (condición uno) y el acreedor estuviese loco y con ella pudiera dañarse a sí mismo o a otro (condición dos), entonces la norma que exige proteger a otros de un daño tiene "prioridad" sobre la norma que exige pagar las deudas, la "supera" en el caso, al menos hasta que la condición (dos) sea removida porque la persona recobró la sanidad mental.

Como puede advertirse, Sócrates cree que hay una respuesta racional al problema que deviene del trato de las normas en términos de derrotabilidad. Pero la derrotabilidad aquí solo es una cobertura lógica de una intuición moral sustantiva, a saber: que hay una suerte de mundo normativo independiente que indica la respuesta correcta para el caso.

---

[33] Hare, Richard: "Cómo resolver los problemas morales racionalmente", en *Racionalidad. Ensayos sobre la racionalidad en ética y política, ciencia y tecnología,* op. cit., p. 69. El nivel "intuitivo" es para Hare aquel en que los agentes morales resuelven situaciones "normales" apelando a sus intuiciones ordinarias.

[34] Hare, Richard: "Cómo resolver los problemas morales racionalmente", en *Racionalidad. Ensayos sobre la racionalidad en ética y política, ciencia y tecnología,* op. cit., pp. 68-69. Hare cree que, aquellos que ven como enemigos al kantismo y el utilitarismo, han leído deficientemente tanto a Kant como a Mill.

[35] Platón: *La República,* Libro I, Traducción de José Manuel Pabón y Manuel Fernández Galiano, Atalaya, Madrid, 1993.

2.3. Las "entidades" en juego

Otro desacuerdo puede rastrearse, ya no en el terreno de la reconstrucción lógica de los valores en conflicto sino en el terreno del tipo de entidades en conflicto.

Para algunos filósofos, como por ejemplo Bernard Williams, se trata de un conflicto similar al que se verifica entre los *deseos*[36]. Empero, para otros, se asemejan a los conflictos que se producen entre creencias.

La tesitura de Williams, en la misma vena que la de Berlin, es que en un conflicto entre valores o principios, la elección de uno de ellos no implica que el valor elegido sea verdadero mientras que el otro sea falso. Uno puede haber tomado una elección por uno de los valores y, no obstante ello, *sentir remordimiento* e, incluso, no ver cómo extraño el hecho de *tener que explicar* por qué dejó a un lado uno de los valores.[37]

Determinados autores, por ejemplo Andrei Marmor, han visto en posturas como las de Williams, un argumento independiente para defender la corriente anti-teórica en materia moral[38] desde que los valores no serían tratables en términos lógicos de consistencia[39]. No sé hasta qué punto esto puede ser así, pero en cualquier caso no es un tema que afecte el contenido de la presente investigación.

En realidad, la disputa por el tipo de entidades bajo las cuales reconstruir un conflicto trágico no es baladí. Tras una disputa así hay un debate de fondo sobre la plausibilidad de dos posiciones meta-éticas en pugna: realistas y antirealistas. Entre otras cosas, esto se pone en evidencia por lo siguiente. Para algunos filósofos anti-realistas los casos trágicos serían un test de la *falsedad* del realismo.[40] Ello así porque, *entre otras cosas,* el realismo estaría comprometido con la idea de que hay proposiciones morales que pueden ser verdaderas o falsas en virtud de "hechos morales" independientes de las creencias o convenciones sociales. La idea del anti-realismo, Williams por

---

[36] Williams, Bernard: "Ethical Consistency", en *Problems of the Self,* Cambridge University Press, 1993, p. 167.

[37] Williams, Bernard: "Conflicto de valores", en *La Fortuna Moral,* op. cit., p. 100.

[38] Ver sobre esto Clarke, Stanley and Simpson, Evan Eds: "Introduction. The Primacy of Moral Practice", en *Anti-Theory in Ethics and Moral Conservatism,* State University of New York Press, 1989, pp. 1-25.

[39] Marmor, Andrei: *Interpretación y Teoría del Derecho,* Traducción de Marcelo Mendoza Hurtado, Gedisa, Barcelona, 2001, p. 89. Desde luego que hay muchas más cosas, *no siempre muy claras,* en torno al rechazo a la posibilidad de *teoría* en el terreno moral, por ejemplo, rechazo a una concepción "universalista" de los principios, restricción de la moral a los contextos de prácticas comunitarias contextualizadas temporal y culturalmente, etc.

[40] Sin duda que es complicado hablar de *falsedad* de una tesis filosófica e incluso suponer rápidamente que haya algo así como "tesis" en el campo filosófico. Pero no puedo discutir esto aquí que daré por aceptado a los fines de mi argumentación.

ejemplo, es que la reconstrucción es inapropiada porque, precisamente, en un conflicto trágico genuino no operan las categorías verdad-falsedad. El valor o fin sacrificado en la elección no es ni verdadero ni falso.

Otra discusión no zanjada se manifiesta con relación al papel que haya de concederse a la idea de "remordimiento" a la que me referí antes. Para algunos filósofos, claramente para Williams, el remordimiento es un estado mental, un indicador psicológico, de la presencia de un conflicto trágico.

Si hay remordimiento (regret) o culpa hay un indicador de que la acción elegida ha dejado algo correcto en el camino (la noción de pérdida). Esto se vincula con la idea de que la acción no elegida deja intacto un *débito* o *residuo* sobre el que habría razones para pensar que también merecería cumplimiento[41].

La satisfactoriedad de este criterio *psicológico* es controvertida por aquellos que creen que un conflicto trágico tiene que definirse en el terreno *ontológico*[42] y no psicológico[43]. Pero aún si esto fuera cierto, ello tiene consecuencias para las teorías meta-éticas. Por ejemplo, ¿sería compatible admitir que en lo ontológico hay conflictos trágicos *genuinos* con la existencia de una reconstrucción realista de los valores?

Como dije, para algunos filósofos la existencia de conflictos trágicos es síntoma de la falsedad del realismo moral. Ello así porque el realismo estaría comprometido con la existencia de un mundo en el que no hay violación del principio de contradicción. La idea de incompatibilidad, con todo, es también discutible. Para varios filósofos los casos trágicos, pueden ser *compatibles* con el realismo moral y, en consecuencia, estos no jaquean al realismo moral (sea lo que fuere que signifique "jaquear" una teoría filosófica). Dados mis propósitos para este trabajo, no necesito ocuparme aquí de estos argumentos[44].

---

[41] Un particularista "duro" –si es que existe en el mundo algo así– podría ver como insuficientemente particularista la idea de residuo o débito moral. Aquí no puedo explayarme sobre el punto.

[42] En el fondo el problema que se discute podría ser formulado a través de una pregunta como la siguiente: Un conflicto así, ¿es indicador de un déficit de nuestras estructuras conceptuales para conocer el mundo y no un déficit del mundo tal cual es? Si la pregunta tiene algún crédito su tratamiento debe ser diferido para otro trabajo.

[43] Ver McConnell, Terrance: "Moral Dilemmas", op. cit., p. 9.

[44] Un filósofo que cuestiona la plausibilidad de este tipo de argumentos de los anti-realistas es Shafer Landau, Russ: "Ethical Disagreement, Ethical Objectivism and Moral Indeterminacy", especialmente pp. 343-344. Desde luego también Foot, Philippa: "Moral Realism and Moral Dilemma", en *Moral Dilemmas,* Edited by Christopher Gowans, op. cit., pp. 250-270.

2.4. Teorías morales y lógica deóntica

Como puede verse, los criterios que he mencionado hasta ahora están estrechamente conectados y mi distinción preliminar solo es un arma metodológica para ver las cosas más nítidamente. Lo que se discute a partir de estos criterios son dos cosas: por un lado, si hay conflictos trágicos, por el otro, si la respuesta a lo anterior es positiva, cuáles conflictos son *genuinamente* trágicos.

La discusión sobre ambas cosas es particularmente decisiva para una investigación filosófica, especialmente por la presencia de dos razones: una lógica y la otra de *teorías* morales.

Con relación a la lógica, concretamente a la lógica deóntica, el problema crucial se resumiría en que, si se admiten conflictos trágicos, se rechazan principios básicos de la lógica deóntica[45] (especialmente, los principios de "aglomeración" y el "ought imply can" kantiano[46])[47]. Si se admite la lógica deóntica se rechaza la posibilidad de conflictos trágicos.[48]

Con relación a las teorías morales hay filósofos como Kant, Mill, Ross,[49] y en el caso del derecho Dworkin,[50] que piensan que un "adecuado" diseño de una teoría moral podría repeler la existencia de conflictos trágicos genuinos. No puedo aquí discutir qué contaría como un "diseño adecuado" de teorías morales a estos fines, pero baste aquí con observar que, esta manera de pensar explica que, para ciertas teorías morales, o bien los conflictos

---

[45] En contra de esto Valentyne. Ver McConnell, Terrance: "Moral Dilemmas", op. cit., p. 10.

[46] En la presente reconstrucción *tomo nota literal* del modo en que discuten los filósofos morales sobre esta cuestión. En esta discusión, el principio kantiano "debe implica puede" es *adoptado* como un principio de "lógica deóntica". Desde luego que esto no es muy claro porque el "puede" en Kant tiene que ver con una cuestión empírica (lo que podemos hacer desde el punto de vista factual), mientras que el "puede" en un sistema estándar de lógica deóntica tiene que ver con una cuestión normativa (lo que está permitido por una norma).

[47] Por cierto, hay otros principios más. Un comentario detallado de la discusión en Gowans, Christopher: "Introduction. The Debate on Moral Dilemmas", op. cit., pp. 20-24; También en McConnell, Terrance: "Moral Dilemmas", pp. 3-7.

[48] Ver Conne, Earl: "Against moral dilemmas", en *Moral Dilemmas,* Edited by Christopher Gowans, op. cit., pp. 239-249. Por cierto que existe una alternativa "intermedia" entre los extremos de aceptar la existencia de los dilemas morales negando los principios de lógica deóntica o de aceptar la lógica deóntica negando la existencia de dilemas morales. La alternativa consistiría en mostrar la conciliación de ambos extremos. Para un análisis de las distintas estrategias conciliatorias véase McConnell, Terrance: op.cit, p. 10.

[49] Ver McConnell, Terrance: "Moral Dilemmas", op. cit., p. 2.

[50] Dworkin, Ronald: "Do Liberal Values Conflict?", in *The Legacy of Isaiah Berlin,* op. cit. pp. 83-85.; también en "Hart's Postscript and the character of Political Philosophy", op. cit., pp. 1-37.

trágicos no son posibles (alternativa 1) o bien, si son posibles, lo son en un sentido más inofensivo o menos letal (alternativa 2).

Con respecto a la primera alternativa, para una teoría como la kantiana, cuando los deberes morales son *perfectos*[51], no hay posibilidad conceptual para la existencia de conflictos trágicos o dilemas morales. Más atrás en la historia de la filosofía, la doctrina socrática de la unidad de las demandas normativas de los dioses (véase el Eutifrón de Platón) implica que la aceptación de conflictos trágicos sería un escándalo inaceptable para el pensamiento[52] surgido de una descuidada reconstrucción de las fuentes de la normatividad moral (en este caso, las fuentes son divinas). Esta doctrina socrática, como se sabe, es reforzada luego en la tesis de la *unidad de las virtudes* de Aristóteles y retomada por Tomás de Aquino en la edad media.

Para la segunda alternativa, en cambio, aún si hay conflictos, esto no entraña un peligro irreversible. Ello así porque, tal como piensan los utilitaristas clásicos, siempre hay posibilidad de *ordenar* en cierto sentido estos conflictos. [53] Cuáles son los problemas que genera este tipo de "ordenamiento" es algo que no puedo abordar en este trabajo.

Sea como fuere, el punto que estoy tratando de destacar es que el status de los casos trágicos resulta en cierta medida opaco. A esta opacidad se añade el hecho de que los casos trágicos son particularmente complejos pues reenvían a problemas severos para la filosofía. En la tragedia suele observarse gente *buena* haciendo cosas *malas*. Aquí hay muchos problemas, pero uno de ellos se vincula con la cuestión metafísica de la libertad. Más allá de la complicada discusión entre los partidarios del determinismo, de un lado, y del anti-determinismo, del otro, el problema con los casos trágicos es que, muchas veces, muestran cosas que *les suceden* a las personas[54], no

---

[51] Un análisis de la cuestión se encuentra en Gowans, Christopher: "Introduction. The Debate on Moral Dilemmas", op. cit., p. 7. Por cierto, la compilación de Gowans contiene el artículo de Kant "Moral Duties" que es la introducción de Kant a Metaphysic of Morals, pp. 34-51.

[52] E incluso un "escándalo teológico" que surgiría de admitir que, sobre una cuestión determinada, por ejemplo la "santidad", los dioses expresan ideas contradictorias. En referencia a esto véase el análisis del Eutifrón en Nussbaum, Martha: *The Fragility of Goodness. Luck and Ethics in Greek Tragedy and Philosophy,* Cambridge University Press, 1986, p. 25.

[53] Ver Gowans, Christopher: "Introduction. The Debate on Moral Dilemmas", op. cit., pp. 7-9.

[54] Los griegos intuían el problema en el siguiente sentido. Según Martha Nussbaum, ellos pretendían buscar filosóficamente los criterios que permitieran florecer a las personas. Este florecimiento tiene que ver con lo que Nussbaum llama la "auto-suficiencia moral". Sin embargo, las tragedias muestran, a veces, cómo factores imprevisibles, típicamente la denominada "suerte moral", pone en riesgo esta auto-suficiencia. Ver Nussbaum, Martha: *The Fragility of Goodness. Luck and ethics in Greek tragedy and philosophy,* op. cit., p. 3 y ss. Según Nussbaum, Kant tendió durante siglos un "manto de sal" sobre el problema pues intentó "elimi-

cosas que estas *hacen*[55]*,* al menos en un sentido obvio o inequívoco de la palabra "hacer".

Así, las tragedias suelen mostrar con frecuencia: i) gente que no es consciente de que está *transgrediendo* principios morales (Edipo por ejemplo); ii) gente consciente en cierto punto pero dominada por pasiones ingobernables (Otelo por ejemplo). ¿Qué papel jugaría en el caso i) la hipótesis de "responsabilidad moral"? Qué papel, en el caso ii) jugaría la idea de libre elección?

La cuestión es complicada por donde se la mire. Más allá de la respuesta que se le pueda otorgar a i) hay filósofos que discrepan en el enfoque mismo de la cuestión. Para filósofos *estilo* Nietzche incluso podría ser *errado* hablar de "transgresión"; para estos filósofos los casos trágicos no serían, en antagonismo con la tesis hegeliana, de *naturaleza moral*.

En cambio, para otros filósofos pensar en que hay casos trágicos, y pensar que son cosas que le pasan a la gente y no cosas que éstas hacen, es estar inmerso en una trampa mental. Esta es la forma de pensar de Tomás de Aquino para quien los casos trágicos no existen de forma genuina y su relevancia a lo sumo tiene lugar a la hora de identificar acciones pecaminosas[56].

Con respecto a ii) hay también mucho para decir. Por ejemplo, para filósofos como Platón o Aristóteles la tragedia, en este sentido ii), no revelaría la impotencia de la razón para gobernar acciones sino un déficit en la educación y disciplinamiento de las pasiones.

---

narlo" mediante la creación de un reino moral "incondicionado" por los avatares que ocurren en el mundo empírico. Esto explica toda una maquinaria conceptual destinada a eliminar la posibilidad de dilemas morales genuinos Ver Nussbaum, Martha: *The Fragility of Goodness. Luck and Ethics in Greek Tragedy and Philosophy,* op. cit., p. 4.

[55] En realidad, como ha mostrado Terrance McConnell puede haber dilemas morales "auto impuestos" y dilemas impuestos al agente "por el mundo" (que es lo que sugiere la afirmación del texto). Ver McConnell, Terrance: "Moral Dilemmas", op. cit., p. 9.

[56] Para el Aquinate los dilemas morales podían ser reconstruidos como frutos de un error producido en la "conscientia". Debido a una percepción falsa uno podría creerse obligado por deberes incompatibles. Pero la contradicción, nuevamente, es un escándalo lógico surgido de una conciencia que juzga falsamente. La contradicción no es genuina en cuanto se puede ver que hay dos deberes que es menester distinguir: lo que Tomás llamaba deberes *per se* y lo que llamaba deberes *per accidens.* Como ambos deberes refieren a niveles distintos no hay conflicto genuino, aunque Tomás admite que alguien pueda sentirse obligado (no estar obligado) por un deber per accidens surgido del error. A diferencia de los trágicos griegos Tomás no imputa estos errores a la fatalidad (correlaciones legaliformes o características del mundo no conocidas por el agente) ni a la divinidad –algo que claramente no puede– sino a la pecaminosidad humana. Un tratamiento detallado de esta posición se puede hallar en MacIntyre, Alasdair: *Justicia y Racionalidad. Conceptos y contextos,* Traducción y presentación de Alejo José. G. Sison, Ediciones Internacionales Universitarias, Madrid, 2001, pp. 189-190.

Para otros, la idea misma de un conflicto de valores no resolubles mediante el ejercicio de la razón (sea lo que fuere que esta signifique) no puede más que llevar coherentemente a la idea de una elección radical como la que propugna Kierkegaard con relación a la colisión inevitable entre los valores "estéticos" y los "éticos".[57]

3. Tragedia y derecho. Los desafíos

Como he anticipado en la introducción al trabajo, la tesis central que quiero explorar consiste en sostener que los conflictos trágicos, si son genuinos, ponen al descubierto los límites de la racionalidad del derecho.

"Límites a la racionalidad del derecho" en el siguiente sentido: que, si hay conflictos trágicos genuinos, no habría argumentos jurídicos que apoyaran *racionalmente* qué hacer en un caso trágico.

Pero si esto se admite, una situación trágica no solo no sería eliminable del derecho sino que tampoco podría aspirarse a dar una *respuesta correcta o racional* en los casos trágicos.

Un filósofo del estilo de Dworkin podría intentar replicar esta conclusión que, a primera vista, podría resultar chocante. Desde luego que aquí no intento practicar exégesis alguna de Dworkin pero pienso que él podría sostener que los límites de la razón existen en la medida en que el derecho es divorciado de un sustento moral determinado. Si el derecho tiene una conexión conceptual justificatoria con la moral, allí donde el derecho muestre vacilación, la moral puede ayudar a encontrar la respuesta correcta para el caso.

Por cierto que este argumento tiene aspectos a considerar. Yo no puedo, sin embargo, considerarlos aquí. Sólo diría que el problema de determinación de respuesta que el derecho debiera enfrentar en un conflicto trágico es el *mismo problema* que podría enfrentar cualquier sistema moral. No estoy muy seguro de qué tipo de moral defiende Dworkin. Sigo viendo difuso si es una moral positiva o ideal y, aunque fuese ideal[58], veo un tanto extraño que ella coincida tanto con ciertos valores liberales de la cultura norteamericana. Pero, en todo caso, escapa a este trabajo discutir estas cuestiones.

En lo que sigue quisiera dejar delineados a *grandes rasgos* algunos de los principales desafíos que los juristas, especialmente los *jueces, tendrían*

---

[57] Aunque Kierkegaard pareciera favorecer tácitamente la preeminencia de los valores éticos (por ejemplo la "fidelidad matrimonial" por sobre los estéticos. Ver tratamiento de la cuestión en MacIntyre, Alasdair: *Tras la virtud.,* Traducción castellana de Amelia Valcárcel, Crítica, Barcelona, 2001, pp. 60-65.

[58] Por cierto, aquí no discutiré el status de la categoría "moral ideal".

que enfrentar *si admitieran* que hay conflictos trágicos genuinos[59]. Vale la pena remarcar que lo que presentaré será una suerte de *mapa conceptual muy general;* en consecuencia, la discusión *detallada* de cada desafío, discusión que requiere del ofrecimiento de *más distinciones* de las que aquí presento, se difiere para futuros trabajos[60].

3.1. El desafío "institucional" del derecho

Isaiah Berlin y Bernard Williams han propagado la idea de que la resolución de conflictos trágicos no es tanto una demanda *lógica,* vgr., disolver inconsistencias, como *social* o *institucional*[61]. En buena medida esta forma de encarar el asunto tiene que ver con el tipo de reconstrucción conceptual que los autores creen que mejor muestra la naturaleza de un conflicto trágico.

Pero, ¿en qué consistiría esta demanda institucional? Creo que la respuesta a esta pregunta se tiene que apoyar, en el caso del derecho, en la existencia, en la mayoría de los ordenamientos jurídicos del mundo, de un *deber inexcusable de juzgar* puesto en cabeza de los jueces. Tras este deber

---

[59] No es mi cometido para *este trabajo* presentar una "taxonomía" de *tipos posibles* de conflictos trágicos en el derecho. Simplemente aquí tomo la categoría "conflicto trágico" como instrumento para apreciar ciertos límites en la racionalidad jurídica y moral. Desde luego, la cuestión es sumamente complicada principalmente por dos razones. La primera y más obvia tiene que ver con la fuerte controversia en orden a caracterizar qué tipo de "conexión" y qué tipo de "moral" podría estar en juego cuando se habla de conexiones entre moral y derecho. La segunda es que uno podría empezar distinguiendo entre conflictos trágicos en la moral surgidos de la colisión entre requerimientos morales (conflictos trágicos morales) de los conflictos trágicos en el derecho surgidos de colisiones entre requerimientos jurídicos, típicamente los enderezados a un juez (conflictos trágicos jurídicos). Sin embargo, podrían existir conflictos trágicos que devengan de la colisión, por ejemplo en la conciencia de un juez, de valores jurídicos con valores extra-jurídicos o lisa y llanamente valores morales. Para entender esto último, y solo *a título de ejemplo,* piénsese en un caso como el del "insumiso penal" en el código penal español –insumisión motivada en una "objeción de conciencia"– donde según algunos filósofos el juez "o aplica la ley o hace justicia". Cfr. Atienza Manuel: "Los límites de la interpretación constitucional". De nuevo sobre los casos trágicos, en *Interpretación jurídica y decisión judicial,* op. cit., p. 202. Por cierto que el caso del insumiso podría reconstruirse de manera distinta a como lo hace Atienza, por ejemplo, alegando que, estrictamente, el conflicto trágico aquí es entre "valores jurídicos" (conflicto trágico jurídico) y no entre un valor jurídico (aplicar la ley) y un valor moral (hacer justicia). También podría negarse que el caso ejemplifique un auténtico dilema moral desde el momento en que se muestra que la superación de un valor por otro tiene algún tipo de control racional como sostiene Atienza. Pero, en todo caso, aquí no puedo entrar a discutir estos aspectos.

[60] Insisto en que el propósito de este trabajo es ofrecer un mapa general; por ende, las distinciones posibles entre diferentes tipos de conflictos normativos y una caracterización de distintos niveles de conflictos trágicos posibles según los distintos tipos de problemas (por ejemplo según distintos tipos de inconmensurabilidad) es una tarea que se proyecta para un trabajo independiente.

[61] Ver Williams, Bernard: "Conflicto de Valores", en *La Fortuna Moral,* op. cit., pp. 101, 108-109.

podría encontrarse la existencia de una *demanda de prestación efectiva de justicia.*

Aunque no lo es, debería ser claro, empero, que la existencia de esta demanda no precluye la existencia de conflictos trágicos *per se.* Serían necesarios argumentos de alguna teoría de la argumentación racional, así como de teoría moral y lógica deóntica, que mostrasen porqué los conflictos trágicos son meramente aparentes porque, de la existencia de un deber de resolver casos, no se elimina *per se* la idea de que haya conflictos que no se puedan resolver en forma "racional" o "correcta", sea lo que fuere que estas expresiones signifiquen.

La tesis que postule la existencia de conflictos que no se puedan resolver en forma racional o correcta colisiona, de algún modo, con un *trasfondo compartido* en buena medida por muchos juristas y filósofos.

Según este trasfondo, es un lugar común suponer que una característica de ámbitos normativos como el derecho o la moral estriba en su función de guiar comportamientos. Para que esta función sea satisfecha, el derecho o la moral deben tener capacidad de *determinar qué debe hacerse* en situaciones particulares o clase de situaciones.

Sin embargo, como intentaré mostrar más adelante en este trabajo, la existencia de *conflictos trágicos* pone en discusión esta capacidad de determinar soluciones. Sin intención de presentar ahora un panorama exhaustivo, uno podría pensar que la práctica constitucional suministra ejemplos de conflictos entre valores que intentan maximizar ciertos principios constitucionales y que éstos conflictos*, si tienen carácter trágico*, son difícilmente tratables.

Generalmente, los principios constitucionales *asignan* derechos. El conflicto entre valores subyacentes a principios, entonces, afecta el ámbito de los derechos que una Constitución procura garantizar. La relevancia teórica y práctica de esta cuestión es compleja porque, por ejemplo, de un conflicto entre principios constitucionales no sólo se siguen consecuencias para el análisis de la *protección de derechos*, sino que también hay consecuencias para la justificación del *diseño institucional* de una comunidad.[62]

Como se sabe, el núcleo de la mayoría de las denominadas tesis *libertarias* está dado por una afirmación del *pluralismo de valores.* Aunque existe controversia en torno a la idea de si el *pluralismo de valores* lleva necesaria-

[62] No pretendo defender aquí ninguna aproximación específica a la llamada "naturaleza institucional del derecho".

mente a fenómenos como el *particularismo moral*[63]*, el relativismo moral*[64] *o la inconmensurabilidad de valores*[65]*,* hay bastante acuerdo en que la existencia de valores plurales lleva inevitablemente a *conflictos normativos.*[66]

Ante esto, se presenta un problema que no escapa a la discusión contemporánea. ¿Qué *tipo* de *diseño institucional exigiría* el liberalismo comprometido con la tesis del pluralismo de valores? ¿Qué tipo de diseño sería necesario construir a efectos de resolver racionalmente conflictos entre valores? ¿Hay alguna manera de hacer compatibles dentro del liberalismo el presupuesto de la pluralidad de valores con los presupuestos de organizar un Estado de Derecho en el cual las decisiones de las autoridades tengan cierta estabilidad y sean previsibles? Con otras palabras, ¿hay alguna relación necesaria entre el liberalismo y un diseño institucional *específico?*

Por desgracia no puedo en el contexto de este trabajo responder todas estas preguntas. Sin embargo, desearía realizar las siguientes observaciones.

---

[63] Por ejemplo Hans Joas piensa que el pluralismo de valores de Berlin es conciliable con el universalismo moral, aunque admite que son necesarios argumentos explícitos para mostrar adecuadamente esto. Ver Joas, Hans: "Pluralismo de Valores y Universalismo Moral", Traducción de Luis Felipe Segura, en *Creatividad, acción y valores. Hacia una teoría sociológica de la contingencia,* Biblioteca Signos, México, 2002, p. 50.

[64] La respuesta de Berlin a esto es negativa. Lo contrario supondría adherir a la idea de que los valores son *subjetivos,* posición que Berlin descarta. Berlin, Isaiah: *El Fuste Torcido de la Humanidad,* op. cit., pp. 30-36. Ratificando esta posición véase la introducción que Bernard Williams realiza a *Conceptos y Categorías. Ensayos Filosóficos,* de Isaiah Berlin, Traducción de Francisco González Aramburu, Fondo de Cultura Económica, México, 2004, p. 25; también considerar a Charles Taylor, quien, en "Plurality of goods", in *The Legacy of Isaiah Berlin,* op. cit., p. 113, mantiene que la tesis sobre los valores de Berlin presupone algo así como una clase de "realismo moral" o "cognitivismo". Sin embargo esta lista de apoyos a Berlin no torna en indisputable la posibilidad de considerarlo relativista en algún sentido. En primer lugar porque no creo que el argumento del "realismo moral" o el "objetivismo" sea condición "suficiente" para descartar tesis relativistas morales o conceptuales en la posición de Berlin. De hecho, hay filósofos *a la Dancy* que se asumen como realistas morales y particularistas duros al mismo tiempo. Pero además repárese en lo siguiente. Una de los apoyos de Berlin para su pluralismo de valores se basa en Herder que postulaba una tesis sobre inconmensurabilidad de culturas. Uno podría pensar, al menos a modo de hipótesis, que la tesis de Herder da pie para la inconmensurabilidad en un sentido que guarda cierto "parecido de familia" con la tesis según la cual la comparabilidad entre culturas es problemática en cuanto la misma supone algún tipo de evaluación y ésta es *relativa a una cultura.* En todo caso habría que pensar si no hay algún sentido en que Berlin sea un particularista.

[65] Ruth Chang controvierte esto de la misma manera en que el monismo no lleva necesariamente a la comparabilidad. Chang, Ruth: "Introduction", en *Incommensurability, Incomparability and Practical Reason,* Edited by Ruth Chang, Harvard University Press, 1997, p. 16.

[66] En sintonía con esta idea de Isaiah Berlin se encuentra Atienza, Manuel: "Los límites de la interpretación constitucional". De nuevo sobre los casos trágicos, op. cit., p. 211.

Lo primero que hay que observar aquí es que no es posible responder estas preguntas hasta que no se identifique el *tipo* de liberalismo en juego[67]. Pero aún identificado el tipo de liberalismo la respuesta puede ser vacilante por lo que digo a continuación.

Concretamente, los juristas procuran responder este tipo de preguntas a través de dos instrumentos: el atrincheramiento o la protección de derechos bajo un *coto vedado* y la institución de los jueces como *órganos de control de la constitucionalidad* de las leyes que refieren a derechos.

Sin embargo, tampoco aquí se verifica acuerdo con respecto a la naturaleza de estos dos instrumentos. Precisamente, buena parte de este desacuerdo, que tiene su origen en las discrepancias filosófico políticas sobre el diseño institucional al que debería comprometer el liberalismo, se enraíza en las distintas interpretaciones que los juristas le adjudican a la asunción de que las sociedades liberales tienen como característica la existencia de valores diversos, conflictivos y cambiantes.

Para algunos, como Garzón Valdés[68] por ejemplo, estas características son las que avalan la necesidad, por un lado, de contar con un coto de principios constitucionales que esté vedado a la agenda de discusión legislativa ordinaria y, en consecuencia, que no pueda ser afectado por la mayoría, por otro lado, de contar con órganos como los judiciales que estén *legitimados* para controlar la constitucionalidad de las leyes votadas por la mayoría.

Para otros, como por ejemplo Jeremy Waldron[69], tesis del *estilo* de las que sustenta Garzón Valdés son disputables porque es sumamente discutible que sea posible aislar un coto vedado de principios y que los órganos judiciales estén legitimados sin más a controlar la constitucionalidad de las leyes. Respecto de lo primero Waldron suministra diversos argumentos que pretenden minar la presuposición del carácter determinado de los principios que conformarían ese coto; respecto de lo segundo, uno de los argumentos es que los jueces no pueden estar legitimados para controlar la constitucionalidad de las leyes debido a que por lo general no son elegidos democráticamente.

---

[67] Por ejemplo, Roberto Gargarella defiende un liberalismo *igualitario* en cuanto al diseño institucional del funcionamiento de las mayorías y control judicial de constitucionalidad con todo lo que esto implicaría. Ver Gargarella, Roberto: "El contenido igualitario del constitucionalismo", en *La Relevancia del Derecho. Ensayos de filosofía jurídica, moral y política,* Pablo Navarro y María Cristina Redondo *Compiladores,* Gedisa, Barcelona, 2002, especialmente p. 217 y ss.

[68] Garzón Valdés, Ernesto:"Representación y Democracia", en E. Garzón, *Derecho, Ética y Política,* Centro de Estudios Constitucionales, Madrid, 1989, especialmente pp. 644-645.

[69] Por ejemplo, Waldron, Jeremy: "A Right-Based Critique of Constitutional Rights, en *Oxford Journal of Legal Studies,* Nº.13, 1993, pp. 18-51.

¿Cómo encaja toda esta discusión sobre diseño institucional con la posibilidad de que existan casos trágicos genuinos? En forma preliminar a una respuesta concreta a esta pregunta repárese en que, si hay casos trágicos genuinos antes de disputar sobre cuál diseño institucional es viable, hay que dar respuesta al desafío que los casos trágicos generan en la racionalidad misma del derecho. Los diseños institucionales frente a estos casos serían algo así como pilares de piedra sobre el fango, *a menos que* se ofrecieran argumentos para mostrar lo contrario.

Ahora bien, creo que en la discusión sobre el diseño institucional que mantienen posiciones como las representadas por autores como Garzón Valdés o Waldron la cuestión de posibles conflictos trágicos genuinos tiene suma relevancia. Por ejemplo, el argumento de que hay conflictos trágicos genuinos podría avalar una tesis, estilo Waldron, acerca de la "indeterminación del coto vedado", sosteniendo, por ejemplo, que nada indica que los principios o valores que están en ese coto no sean inconmensurables o no puedan presentar conflictos que lleven a elecciones trágicas, es decir, con sacrificio de algo valioso. Adicionalmente la idea de que en conflictos trágicos genuinos las respuestas de los jueces tendrán serios aprietos para contar como "racionales" podría ser un argumento a sumar en la objeción a la legitimidad de un control de constitucionalidad en cabeza de los jueces.

Pero debería ser claro que esta discusión también es parasitaria de cómo se considere el problema del carácter determinado del derecho y, en concreto, del llamado coto vedado. Un autor como Garzón Valdés adopta como punto de partida la idea de que tal coto es determinado y por ello afirma que se encontraría justificada una imposición de "carga de la prueba" para aquellos que sostengan la indeterminación del coto vedado, basado en el argumento de "elección trágica", para un caso concreto, Para Garzón, mostrar que en un caso se verifica un supuesto de "elección trágica", del estilo promovido por Isaiah Berlin, es algo que corre por cuenta de quien lo alega[70].

3.2. El desafío al carácter "determinado" del derecho

Un segundo desafío se vincula con el conocido problema del carácter *determinado* del derecho[71]. Habitualmente se supone que el derecho se encuentra *indeterminado* cuando: a) hay dudas sobre si una norma es apli-

---

[70] Cfr. Garzón Valdés, Ernesto: "Representación y Democracia", op. cit., p. 650.

[71] Cristina Redondo examina, por un parte, los diversos sentidos en que puede predicarse que el derecho es un conjunto indeterminado, por otra parte, cuáles son los argumentos de aquellos que oponen el carácter determinado del derecho a cada uno de los sentidos defendidos en el marco de tesis indeterministas sobre el derecho. Sobre todo, es pertinente el análisis que Cristina Redondo desarrolla de la existencia de "respuestas múltiples" para un caso en oposición a la tesis de respuesta única. Ver Redondo, Cristina: "Teoría del Derecho e Indeterminación

cable a un caso (vaguedad); b) no hay respuesta para un caso (lagunas normativas); c) hay respuestas pero se consideran axiológicamente deficientes (lagunas axiológicas); d) hay una pluralidad de respuestas conflictivas.

El problema de la indeterminación, como se sabe, no es patrimonio exclusivo del derecho[72]. Pero si hay alguna "peculiaridad" para el derecho ésta estriba en que no hay acuerdo con respecto a la aceptación y a cómo concebir el alcance de la vaguedad en el derecho (piénsese en Dworkin) y cómo concebir y si realmente hay cosas como las lagunas normativas (por ejemplo Raz tiene un argumento para negarlas) y cómo se podrían –si pueden– diferenciarse de otras lagunas como las axiológicas[73].

Lo interesante aquí es que la hipótesis d) referida a pluralidad conflictiva de valores tiene relación directa con el problema del carácter determinado del derecho. Recuérdese que un test de la existencia de tragedia en un conflicto suele apoyarse en la idea de que los valores o principios en conflicto son inconmensurables.

A este respecto, Joseph Raz piensa que una de las fuentes de indeterminación del derecho, las "lagunas jurídicas", tienen que ver, precisamente, con la existencia de normas o principios inconmensurables[74] (según Raz esto es así cuando "el derecho habla con muchas voces".[75]

Cuando esto ocurre, el efecto de la inconmensurabilidad, *podría pensarse,* es similar al efecto de la vaguedad de predicados: queda afectada seriamente la aplicación del principio de bivalencia al derecho.

Si lo anterior fuese así, las proposiciones normativas con las que los juristas describen el derecho no *serían* ni verdaderas ni falsas; por consiguiente, de *manera análoga*[76] a los efectos que produce la vaguedad de

---

Normativa", en *Conocimiento Jurídico y Determinación Normativa,* José Juan Moreso, Pablo Navarro y Cristina Redondo Editores, Fontamara, 84, Méxíco, 2002, pp. 104-105.

[72] En rigor, se podría decir que el problema de la indeterminación del derecho forma parte de una *familia* de problemas relevantes por sus consecuencias para el análisis de la naturaleza del derecho, las relaciones de éste con la moral, el carácter vinculante de la autoridad del derecho, etc. Dado que este trabajo tiene carácter introductorio a la problemática general de los conflictos trágicos no puedo aquí ocuparme con detalle de estos problemas.

[73] Ver Rodríguez, Jorge: "La imagen actual de las lagunas en el derecho", Versión manuscrita.

[74] Joseph Raz examina situaciones en que los requerimientos normativos en pugna son inconmensurables, motivo por el cual ninguno de los requerimientos derrota al otro y, en consecuencia, el conflicto no se puede resolver racionalmente. Ver Raz, Joseph: "Legal Reasons, Sources, and Gaps", en *The Authority of Law. Essays on Law and Morality,* Clarendon Press Oxford, Oxford, 2002, p. 75.

[75] Raz, Joseph: "Legal Reasons, Sources, and Gaps", en *The Authority of Law. Essays on Law and Morality,* op. cit, p. 77.

[76] No todos aceptarían esta analogía que asemeja los problemas de indeterminación basados en la vaguedad de predicados con los problemas que surgen de la inconmensurabilidad de valores.

ciertos predicados, la inconmensurabilidad sería un foco importante de indeterminación del derecho y, por tanto, su presencia podría añadirse a esta discusión.

3.3. El desafío a la "conmensurabilidad" de valores o principios jurídicos

Aquí, como es posible ver, el desafío al carácter determinado del derecho que plantearían los casos trágicos lleva directamente a un tercer desafío: el de la *inconmensurabilidad* entre valores. Típicamente, para el caso del derecho, a la inconmensurabilidad de los valores constitucionales que ciertos principios jurídicos de rango constitucional procuran maximizar.

El desafío es que, si las alternativas son incomparables, entonces, la elección justificada está imposibilitada y el rol de las *razones jurídicas*[77], de guiar la elección está seriamente restringido[78]; de aquí devendría, en parte, la tesis de los límites de la racionalidad jurídica que uno podría plantear en el estilo de Jon Elster.

El problema dramático de la inconmensurabilidad es que, si es cierto que ésta existe, no sería posible activar el *método de ponderación* a efectos de resolver el conflicto, determinando, en un esquema de "ordenamiento" qué principio es "mejor" que el otro, y en consecuencia, tiene "prioridad" sobre el otro.

Sin embargo, aquí, cuando menos, se presentan tres cuestiones para investigar que han sido sugeridas con mucho detalle por parte de Ruth Chang y que yo no podré tratar en este trabajo.

La primera cuestión es que es menester distinguir "inconmensurabilidad" de "incomparabilidad"[79]. La inconmensurabilidad apela a la idea de que no hay una escala cardinal para medir valores, pero no dice nada respecto de la posibilidad de compararlos en mérito de ciertas propiedades de las cosas que se pretenden comparar. Ésta es la idea de filósofos del derecho como Alexy que preconizan que la ponderación "racional" se apoya en un ordenamiento "débil" de tipo ordinal.[80] En consecuencia, cuando se dice

---

[77] Pese a lo extendido que se encuentra el lenguaje de las "razones", no es muy claro qué se quiere significar con el mismo. Por 'razones jurídicas' aquí simplemente entiendo la existencia de normas jurídicas de algún tipo, por ejemplo principios constitucionales, que suministran argumentos para justificar acciones u omisiones de algún tipo.

[78] Es lo mismo que Ruth Chang afirma con relación a la llamada "razón práctica". Ver Chang, Ruth: "Introduction", en *Incommensurability, Incomparability and Practical Reason,* op. cit., p. 3.

[79] Chang, Ruth: "Introduction", en *Incommensurability, Incomparability and Practical Reason,* op. cit., pp. 1-2.

[80] Alexy, Robert: "On Balancing and Subsumption. A Structural Comparison", en *Ratio Juris,* Vol.16, Nº.4, 2003, p. 440 y ss. También puede verse "Sistema Jurídico, Principios Jurí-

que, en cierto caso, "vale más" el principio de la libertad de expresión que el principio del derecho al honor, no se hace equivalente este "vale más" a «"vale 1.5 más" o "vale 3.4 más", etc.». Precisamente esto muestra por qué la idea de "peso" que se adjudica (independientemente de cuál fuese la *naturaleza* de esta adjudicación) a principios o valores en conflicto no puede ser tomada "al pie de la letra".

La segunda cuestión es que, aquellos que alegan rápidamente inconmensurabilidad, suelen obviar la existencia de algún "valor cobertura"[81] que permita desarrollar argumentos comparatistas. Así, uno podría decir, como Isaiah Berlin, que no hay forma de comparar las tragedias de Sófocles con las de Racine[82]. Sin embargo, si uno puede encontrar un valor cobertura subyacente, por ejemplo el "talento literario para escribir tragedias", la posibilidad de comparación aun no habría sido eliminada.

La tercera cuestión, que aquí solo presentaré de manera muy general, es que, según Ruth Chang, muchas tesis que se presentan en apoyo de la incomparabilidad de valores, por ejemplo la tesis del pluralismo de valores, si son reconstruidas profundamente, muestran que no son argumentos en verdad compulsivos. Ruth Chang ensaya diversos argumentos para mostrar porqué son las tesis "comparativistas" las que tienen chance de ganar la batalla. En esta línea, un argumento nodal de Chang es que hay que distinguir entre "fallas formales" y "sustantivas" de comparación.

Para Ruth Chang si hay una falla formal ello significa que las alternativas *no son comparables,* pero esto no es lo mismo que decir que *son incomparables*[83].

Si, como sugiere Ruth Chang, la distinción entre fallas formales y sustantivas de la comparación traza la esfera de acción de la razón práctica, entonces la razón práctica nunca enfrenta a los agentes con alternativas de

---

dicos y Razón Práctica", en *Derecho y Razón Práctica,* Traducción de Ernesto Garzón Valdés, Fontamara, México, 2002, p. 17.

[81] Por 'valor cobertura' se entiende cualquier consideración que permita realizar una comparación en términos evaluativos. Ver Chang, Ruth: "Introduction", en *Incommensurability, Incomparability and Practical Reason,* op. cit., p. 5.

[82] Berlin, Isaiah: *El Fuste Torcido de la Humanidad,* op. cit., p. 28.

[83] La condición formal de una comparación es que haya un valor de cobertura con respecto al cual la comparación pueda proceder. Esto podría no ocurrir si: i) el valor de cobertura no existe o ii) aún si está establecido o implicado no cubra los items. Sin referencia a un valor con respecto al cual la comparación proceda, la no comparación puede ser entendida. Una falla sustantiva de comparabilidad, por el contrario, presupone que las condiciones de posibilidad de la comparabilidad y la incomparabilidad se mantienen, pero como cuestión sustantiva, los items no pueden ser comparados con respecto al valor cobertura. Ver Chang, Ruth: "Introduction", en *Incommensurability, Incomparability and Practical Reason,* op. cit., pp. 27-34.

elección entre ítems respecto de los cuales no se puede establecer una comparación debido a que hay una falla formal de comparación.

Con arreglo a este tipo de distinciones, es preciso volver sobre aquellos filósofos del derecho, como Riccardo Guastini por ejemplo, que son escépticos en materia de ponderación y que, en este sentido, sostienen que el producto de la ponderación es el resultado de lo que le *parece* a un juez.[84] Lo que *le parece* a un juez es parte de un *juicio subjetivo* que repele la posibilidad de comparación. Pero, si Chang tiene razón, autores como Guastini no pueden sostener una visión así de la ponderación *a menos que* muestren que ésta no es posible debido a una real falla formal para comparar principios o valores en conflicto o debido a algún otro argumento a favor de la incomparabilidad.

3.4. El desafío a la posibilidad de ponderación de principios o valores jurídicos en conflicto

Un cuarto desafío se vincula con dos cuestiones conectadas: por una parte, cuál es la *naturaleza del conflicto* entre valores o principios jurídicos, por caso los "constitucionales"*,* por la otra, cómo concebir el método de la *ponderación o balance.*

Pese a lo obvio que pueda parecer la mención de estas dos cuestiones no creo ser cándido si afirmo que ellas no terminan de ser totalmente transparentes para los filósofos del derecho. No puedo ni por asomo defender *in extenso* mi afirmación. Pero, en cambio, permítaseme señalar que, si un caso es genuinamente trágico, *pareciera* que ni siquiera puede aspirarse a la ponderación como método específico de ordenamiento de conflictos entre principios. Esto por dos motivos: o bien porque se considera que los valores o principios en conflicto son inderrotables o bien porque se consideran inconmensurables. En el primer caso, la ponderación estaría bloqueada desde el momento que la ponderación *supone* la *posibilidad* de mostrar que uno de los valores o principios *tiene mayor peso en el caso* y, en consecuencia, "derrota" al otro. En el segundo caso porque la ponderación supone, ante todo, la posibilidad de comparar los principios en conflicto, estableciendo cuál de ellos "es mejor" o "peor" o "vale tanto" como el otro.

En realidad, la ponderación y cualquier otra noción que intente *racionalizar* un conflicto, *podría* colapsar *si se aceptase que hay conflictos trágicos genuinos*. Esto podría sonar a una verdad banal, sin embargo, filósofos del derecho importantes y que se han ocupado de estas cuestiones, no han sido muy consistentes al respecto. Ello así porque han admitido, por una parte, que hay

---

[84] Guastini, Riccardo: "Los principios en el derecho positivo", en *Distinguiendo,* op. cit., p. 170.

casos trágicos en sentido estricto, y por la otra, han sugerido la posibilidad de dar argumentos que, aun si más costosos de obtener, *no escapen por completo a un control racional,* sea lo que fuere que esto signifique. Un filósofo del derecho como Manuel Atienza sería un ejemplo de mi afirmación.[85]

Con todo, un test que suele emplearse para mostrar que se está ante la presencia de un caso trágico en sentido estricto es, como indiqué antes, el de la incomparabilidad o inconmensurabilidad de los valores, o principios constitucionales para el caso del derecho. La tesis de que hay valores en conflicto que son incomparables tiene un efecto concreto: impide comparar y ordenar un eventual conflicto normativo. No es posible, en consecuencia, sostener que el principio P1 es "mejor" que el principio P2, o es "peor", o "vale tanto como...".

Ahora bien, frente al escepticismo respecto de la posibilidad de resolver conflictos trágicos y que esta resolución tenga carácter racional, los juristas insisten en su confianza de que la *ponderación* es un instrumento que permite resolverlos de manera racional. Sin embargo, no tienen acuerdo entre ellos respecto de qué implica la resolución de estos conflictos y cuál es la naturaleza de la ponderación.

Respecto de las dos cuestiones mencionadas, los juristas parecen adoptar dos actitudes cuyo análisis detallado pospongo para un trabajo independiente, tomando en cuenta las categorías de casos trágicos, inconmensurabilidad e incomparabilidad: i) según la primera es posible por medio de una ponderación establecer un orden jerárquico entre los principios, una *relación de precedencia* entre ellos que *no se agote para un caso concreto* sino que pueda extenderse a otros. Ésta, resumidamente, es la posición de filósofos del derecho como Robert Alexy que *suscribirían* una posición que en filosofía moral se conoce como "universalista" ii) según la segunda es posible emplear la ponderación y resolver el conflicto, pero esta estrategia no elimina la pérdida o el sacrificio del principio dejado a un lado y la resolución vale, "en principio", sólo para ese caso; en otras palabras, la jerarquía establecida entre esos principios en ese caso no se puede "generalizar" y por ello las jerarquías establecidas entre principios conflictivos son "móviles". Ésta, resumidamente, es la posición de filósofos del derecho como Riccardo Guastini que *defendería* una posición que en filosofía moral[86] se conoce como "particularista".

---

[85] Ver Atienza, Manuel: "Los límites de la interpretación constitucional". De nuevo sobre los casos trágicos, en *Interpretación jurídica y decisión judicial,* op. cit., p. 209.

[86] Moreso, José.J: "Guastini sobre la ponderación", en Isonomía, Revista de Teoría y Filosofía del Derecho, 17, México, 2002. Para una comparación de Alexy y Guastini ver Moreso, José. "Conflicto entre principios constitucionales", MS.

Desde luego que la cuestión de calificar a un filósofo como particularista o universalista no es baladí. Pero puede transformarse en una cuestión de palabras si no se aclara qué tipo de tesis justificarían uno u otro rótulo. En el presente trabajo no puedo ocuparme de este problema; su tratamiento, con relación a los conflictos trágicos, será examinado en un trabajo independiente.

Adicionalmente a las posiciones que he comentado arriba, hay filósofos del derecho, como José Moreso por ejemplo, que sostiene una posición si se quiere *intermedia*, que es la siguiente. Si bien se puede admitir que el conflicto entre principios pone en cuestión la *racionalidad subsuntiva* y que la ponderación desarrolla típicamente una *racionalidad narrativa*, el objetivo de la ponderación debe ser la construcción de reglas que puedan generalizarse para otros casos y prioricen, por tanto, una racionalidad subsuntiva.

En cualquier caso, las observaciones que he realizado, podría decirse, son de público conocimiento de los filósofos. Sin embargo, mi idea es que el problema de la ponderación de principios constitucionales ha obviado los desafíos que los conflictos trágicos podrían suscitar. Esto para no hablar del desafío que todavía los filósofos prácticos tienen ante sí de lograr acuerdos firmes en torno al alcance de tesis particularistas y universalistas en el campo moral y jurídico y desmenuzar una a una todas las consecuencias de las categorías racionalidad subsuntiva y narrativa, exponiendo sus posibles relaciones[87].

4. La tesis de los límites de la racionalidad jurídica, su alcance y consecuencias

En este trabajo me he ocupado de los llamados conflictos trágicos o dilemas morales.

He mostrado que, pese a que no hay acuerdos conceptuales claros respecto de cuándo un conflicto trágico es genuino, los filósofos en general suelen aceptar que, si hay cosas así, ello significa que la "racionalidad práctica", sea en versión "instrumental", sea en versión "deontológica", sea en el terreno jurídico o en el moral, se encuentra *limitada.*

Debería ser patente que, cuando hablo de cosas tales como "racionalidad jurídica" y "límites" *no estoy dando por sentado* que estas expresiones sean claras y haya acuerdo sobre ellas. En rigor, no he pretendido defender ninguna tesis fuerte sobre el contenido específico de estas expresiones ni brindar un alegato a favor de un *escepticismo radical* estilo Kripke o Pirro acerca

[87] Por ejemplo, en esta línea de trabajo puede consultarse Bouvier, Hernán: "Particularismo y Generalismo. Un análisis de las tensiones entre racionalidad narrativa y subsuntiva en el ámbito teórico y jurídico", en *Analisi e Diritto,* a cura di P. Comanducci y R. Guastini, Génova, 2004.

de la posibilidad de que no haya respuestas correctas o racionales para la *mayoría* de los casos. Stricto sensu, la tesis ha sido *ceñida* a los conflictos trágicos genuinos y, por ende, no he pretendido decir que la creencia en que pueda haber a veces respuestas racionales o correctas sea pura ilusión.

Mi propósito, más bien, ha sido modesto desde que no ha pretendido *despejar* [88] cuestiones sobre las que grandes mentes, Platón, Aristóteles, Tomás de Aquino, Kant, Hegel, etc., han hecho tanto por aclarar.

Más bien la idea de "límites" que he tenido en mente ha estado conectada con ciertos "desafíos" que, me parece, se le pueden plantear al derecho una vez que se asuma que hay *al menos algunos casos*[89] que entrañarían alguna versión de conflicto trágico genuino.

Ahora bien, ¿es la tesis sobre los límites de la racionalidad jurídica irrecusable?

La respuesta creo que debe ser negativa. La cuestión de los "límites" puede ser *variable* y no *fija* en la medida en que haya filósofos que desarrollen argumentos profundos para *correr* esos límites lo más que se pueda, habilitando a que ámbitos como la moral o el derecho puedan aspirar a brindar respuestas a conflictos trágicos, en cuyo caso éstos se revelarían como aparentes.

En el caso del derecho, hay filósofos como Ronald Dworkin que impugnarían la tesis de los límites y ello no le convertiría *per se* en un *irracional* como en el que estaría pensando Jon Elster.

Desdichadamente, aquí no puedo tratar con detalle el conjunto de posiciones que una teoría compleja como la de Dworkin proporciona en orden a repeler la idea de conflictos trágicos genuinos. Aunque esta tarea es desarrollada en un trabajo independiente[90], téngase en cuenta que Dworkin acepta que en casos difíciles, aun si no se puede demostrar, hay respuestas

---

[88] Filósofos no analíticos o que entienden el análisis en una vena metafísica dirían "resolver". Cuando digo "despejar" no lo hago tanto para sugerir qué tipo de compromiso metodológico adquiero sino para ser un tanto más moderado o prudente en cuanto a mis posibilidades para "liquidar" –si esto cupiera– problemas tan agudos como los que he tratado. De todas maneras, si la idea de "resolver" es el criterio para diferenciar a filósofos no analíticos de filósofos analíticos la cosa no es clara si se supone que hay filósofos que se asumen como analíticos por realizar "análisis conceptual", aunque su idea del análisis y los conceptos los conecte con una concepción esencialista del lenguaje y los conceptos.

[89] Digo "algunos" pero habría autores más pesimistas como Unamuno que admitirían que todo conflicto de valores implica elección trágica desde que "... sólo vivimos de contradicciones, y por ellas; como que la vida es tragedia, y la tragedia es perpetua lucha, sin victoria ni esperanza de ella; es contradicción". Ver De Unamuno, Miguel: *Del Sentimiento Trágico de la Vida,* Compilación y prólogo de Nerio Tello, Errepar, Bs As, 2000, p. 26.

[90] En "Conflictos trágicos, ponderación racional y respuesta correcta. En torno a algunas ideas de Robert Alexy y Ronald Dworkin", actualmente en elaboración, desarrollo un análisis de la cuestión más pormenorizado.

correctas[91]. Además, cree que los empates entre principios son situaciones "raras" en sistemas jurídicos evolucionados[92], que la inconmensurabilidad y vaguedad son fenómenos igualmente raros solo admisibles en casos extremos de indeterminación[93] y que los choques trágicos entre valores pueden ser eliminados o disminuidos por una concepción interpretativista que ponga en armonía a los valores[94].

En cierta forma, una posición como la de Dworkin, tiene un *parecido de familia* con una posición como la de Richard Hare[95]. Ello es así porque, aunque Hare admite *limitaciones para la racionalidad práctica*, cree que en un nivel que él llama "crítico", los dilemas morales pueden ser *resueltos*. En rigor, como ya señalé antes, para Hare los dilemas morales genuinos son "productos de ficción". [96]

Recuérdese que el nivel "crítico" en que piensa Hare es una combinación de universalismo kantiano y cálculo utilitario[97]. El universalismo kantiano conduce concretamente a considerar "imparcialmente" *todos los intereses* de los afectados [98], mientras que el cálculo utilitario permite maximizar un resultado.

Es posible que el nivel crítico de Hare pudiera eliminar muchos conflictos trágicos pero ello no hablaría en contra de la posibilidad de conflictos trágicos genuinos sino que, más bien, afirmaría que los casos tratados en el nivel de Hare eran aparentes.

---

[91] Por ejemplo en Dworkin, Ronald: "¿Pueden ser controvertibles los derechos?", en *Los Derechos en Serio,* Traducción de Marta Guastavino, Planeta Agostini, Barcelona, 1993, Capítulo 13.

[92] Ver por ejemplo la réplica de Ronald Dworkin a "Munzer y la tesis de la única respuesta correcta", en "Réplica a los críticos", *Los Derechos en Serio,* op. cit., p. 457.

[93] Ver por ejemplo Dworkin, Ronald: "Is There No Really Rigtht Answer in Hard Cases?", en *A Matter of Principle,* Harvard University Press, Cambridge, Massachusetts, 1985, p. 144.

[94] Dworkin, Ronald: "Do Liberal Values Conflict?", en *The Legacy of Isaiah Berlin,* op. cit., p. 89. Ver también de la misma obra *The Legacy of Isaiah Berlin,* en "Discussion", sugerencias de Dworkin sobre esto en p. 126.

[95] Además, hay parecidos entre el "arcángel" de Hare y el "Hércules" de Dworkin que aquí no puedo tratar. Ver Hare, Richard: "Cómo resolver los problemas morales racionalmente", en *Racionalidad. Ensayos sobre la racionalidad en ética y política, ciencia y tecnología,* op. cit., p. 70.

[96] Hare, Richard: "Cómo resolver los problemas morales racionalmente", en *Racionalidad. Ensayos sobre la racionalidad en ética y política, ciencia y tecnología,*op. cit., p. 69.

[97] Hare, Richard: "Cómo resolver los problemas morales racionalmente", en *Racionalidad. Ensayos sobre la racionalidad en ética y política, ciencia y tecnología,*op. cit., pp. 68-69.

[98] Hare, Richard: "Cómo resolver los problemas morales racionalmente", en *Racionalidad. Ensayos sobre la racionalidad en ética y política, ciencia y tecnología,*op. cit., pp.67-68.

Porque, ¿podría aplicarse la universalización kantiana en un caso como el de la "elección" de Sofía? [99]

Sofía es una mujer judía que está alojada coactivamente en un campo de concentración nazi junto a sus dos hijos. Uno de los guardas nazis le "ordena" matar a uno de sus hijos[100], si no hiciera esto, él mismo se encargará de matar a ambos. De *una misma orden*[101] surgen dos acciones independientes. Este tipo de versión de conflicto trágico es conocida en la literatura como expresiva de casos "simétricos".[102] El caso es trágico en cuanto hay dos acciones que llevan la exigencia de hacer algo que es a todas luces incorrecto. La tragedia es total si se admite que éste es un caso emblemático de conflicto genuino en cuanto no hay posibilidad de resolución alguna, desde que sería problemático pensar que sea posible *universalizar* todos los intereses en juego, los de Sofía, los de sus dos hijos y los del guarda nazi.

Si el caso de Sofía no es "puro producto de ficción", como arguye Hare, la tesis de los límites de la racionalidad sigue incólume. Pero, ¿cuál sería la consecuencia de esta tesis? ¿Irremediablemente solo quedaría un acto de "elección"? Y, esta elección, ¿siempre lleva a un decisionismo no racional?

Uno podría pensar que ésta es la situación en un caso como el del estudiante francés que Sartre comenta en *El Existencialismo es un Humanismo.*

La respuesta de Sartre al estudiante, en el sentido de que éste no tiene más remedio que "elegir" y "comprometerse" con las consecuencias de su decisión, es generalmente vista, sin mayor discusión, como expresiva del

---

[99] Citado por McConnell, Terrance: "Moral Dilemmas", op. cit., p. 3.

[100] Uso deliberadamente la expresión "le ordena" en boca del guardia nazi y eliminé la expresión "dar una orden" para sugerir, al igual que Hart, que la distinción revela que en un caso hay autoridad o pretensión de autoridad y no necesariamente en el otro. Si hubiera autoridad en el guarda nazi sus razones serían "excluyentes" para seguir el vocabulario que Joseph Raz ha hecho tan popular. Ver Raz, Joseph: *Razón Práctica y Normas,* Traducción de Juan Ruiz Manero, Centro de Estudios Constitucionales, Madrid, 1991, especialmente pp. 53-54. Como se sabe, Raz distingue dos hipótesis de razones excluyentes. Una generada por el *propio agente* que tiene que decidir, el cual considera que, debido a una incapacidad temporal para decidir algo problemático o que exige mucho discernimiento intelectual para formarse un juicio ponderado, delega la decisión en otro. Las razones excluyentes típicas, sin embargo, son para Raz aquellas suministradas por una autoridad normativa. No voy a contar aquí las tesis que definen la idea de autoridad en Raz ni si ellas son un conjunto fuerte en la disputa con el anarquismo. Lo que quiero señalar es otra cosa: que si hubiera "autoridad" en el nazi (porque por ejemplo no ha fracasado la tesis de la "justificación normal, lo que muy difícilmente podría aceptarse) la idea de un conflicto práctico genuino podría diluirse, pues habría una razón excluyente, apoyada en una autoridad pretensa o efectiva, que eliminaría una de las acciones en juego. Ni siquiera el agente, en este caso Sofía, tendría que operar balance de razones alguno. Pero decir que hay tal cosa podría ser fruto de un ejercicio intelectual extravagante.

[101] Esto muestra que un dilema no tiene por qué ser representativo del conflicto entre dos principios, bien puede surgir de uno.

[102] McConnell, Terrance:"Moral Dilemmas", op. cit., p. 3.

"decisionismo" y el "particularismo" moral. En el ejemplo, Sartre sostiene que hay morales en conflicto pero que no hay ninguna moral que, para el caso, muestre prevalencia «a priori". Pero, ¿de qué depende la elección de los valores en pugna? Sartre contesta que de una decisión. Su argumento es que "en el fondo, lo que importa es el sentimiento; el estudiante debería elegir lo que lo empuja verdaderamente en cierta dirección".

Cuando se dice que Sartre es "decisionista" parece darse por sentado que es la "decisión" la razón última de la elección. Pero en estricto rigor es el sentimiento[103]. Pero no se trata de cualquier sentimiento sino de uno que "tira más" en "cierta dirección" (o unirse a las fuertes aliadas o cuidar a la madre).

Esto *pareciera* hablar a favor de que la intuición o el sentimiento *podría* llevar a elegir en el sentido correcto. Pero esto no es evidente, pues, se pregunta Sartre, cómo puede determinarse el "valor" de un sentimiento.

Sartre cree que hay aquí un "círculo vicioso" pues para determinar el valor (o peso) del sentimiento no hay más remedio que ejecutar el acto al que la dirección del sentimiento ha conducido. [104]

Una manera de decidir esto, según Sartre, podría ser invocando razones en términos "consecuencialistas". Por ejemplo, si pudiera mostrarse que la elección de un valor hace más "eficaz" una decisión, entonces, se dispondría de un criterio para escoger alguno de los valores. [105] Pero esto no es fácil de mostrar si lo que tiene prioridad es el "sentimiento" y no un "cálculo de probabilidades."

¿Qué es lo que queda después de todo? Lo que Sartre denomina la "moral del compromiso". Tomar una decisión y comprometerse. Pero este "compromiso" no es baladí. Sartre sostiene que este compromiso supone

---

[103] El tema de los sentimientos justificaría en sí mismo un tratamiento independiente que aquí no puedo ofrecer. ¿Cómo se puede reconstruir apropiadamente este conflicto de sentimientos? ¿Es lo mismo que un conflicto de razones? MacIntyre pone en duda esto. Para él, los personajes homéricos no se representan las cosas en términos de razones que hay que sopesar. Cuando en la *Ilíada* Odiseo se queda solo en el campo de batalla *siente temor* y se representa a sí mismo conflictuado por el temor que lo impulsa a dejar el campo de batalla y salvar su vida y la experiencia de que si hace eso violaría la areté que demanda no abandonar el campo. Según MacIntyre no hay aquí un conflicto de razones. Odiseo convoca para sí a la areté como una manera de traer un sentimiento –educado moralmente– para que conjure o discipline los peligros de los sentimientos "bajos" como el miedo. Ver esto en términos de conflictos de razones sería practicar una "mala traducción", algo que, según MacIntyre los filósofos analíticos suelen hacer con frecuencia por su desapego de los contextos históricos de cada tradición filosófica. Por ejemplo en MacIntyre, Alasdair: *Justicia y Racionalidad,* op. cit., pp. 35-37.

[104] Sartre, Jean Paul: *El Existencialismo es un Humanismo*, op. cit., p. 23.

[105] Sartre, Jean Paul: *El Existencialismo es un Humanismo*, op. cit.,p. 21.

hacerse "responsable" de lo que se decide[106] en el sentido de que la elección del agente compromete a *toda la humanidad.*[107]

En cualquier caso, y aun si mi interpretación de Sartre es superficial, creo que ella pone en evidencia por qué la cuestión de los límites de la racionalidad y sus consecuencias están todavía lejos de ser claras tanto en el dominio general de la filosofía práctica como en el dominio particular del derecho.

Pero una investigación sistemática orientada a discutir con detalle cuán compulsivos puedan ser los límites de la racionalidad para el derecho, vía los conflictos trágicos, es una tarea que prometo desarrollar en un futuro trabajo.

[106] En efecto, dice Sartre "no hay ninguno de nuestros actos que al crear al hombre que queremos ser, no cree al mismo tiempo una imagen del hombre tal como consideramos que debe ser". Aunque pueda parecer extraña mi afirmación, creo que hay ciertos ingredientes con aire de familia kantianos en Sartre. Pues él dice que: "elegir ser esto o aquello, es afirmar al mismo tiempo el valor de lo que elegimos, porque nunca podemos elegir mal; lo que elegimos es siempre el bien, y nada puede ser bueno para nosotros sin serlo para todos; si, por otra parte, la existencia precede a la esencia y nosotros quisiéramos existir al mismo tiempo que moldeamos nuestra imagen, esta imagen es valedera para todos y para nuestra época entera; así, nuestra responsabilidad es mucho mayor de lo que podríamos suponer, porque compromete a la humanidad entera; si, por ejemplo, soy obrero, elijo adherirme a un sindicato cristiano quiero indicar que la resignación es en el fondo la solución que conviene al hombre, que el reino del hombre no está en la tierra, no comprometo solo mi caso: quiero ser un resignado para todos". Hasta qué punto la idea de Sartre de que no hay una moral de validez general, de que las decisiones son para el caso, se compatibiliza con su idea de que al elegir en un caso comprometo a la humanidad entera, es algo que dejo abierto para reflexión.

[107] Ver Sartre, Jean Paul: *El Existencialismo es un Humanismo*, op. cit., p. 14.

LA DOCTRINA DE LA REVISIÓN JUDICIAL Y LA OBLIGACIÓN DE OBEDECER EL DERECHO

Idowu W. William
Obafemi Awolowo University
ILE-IFE, Nigeria

RESUMEN. El autor estudia la conexión entre la revisión judicial de las leyes y el problema de la obediencia al Derecho. En particular, intenta mostrar de qué manera un análisis acerca de la doctrina de la revisión judicial, contribuye a resolver algunas cuestiones relacionadas con el problema de la obediencia al Derecho. En su opinión "la obligación de obedecer el Derecho deriva de la conformidad de una regla jurídica con una norma externa […] el contenido moral de la ley define o determina si se genera una obligación de obedecer el Derecho". Partiendo del análisis de la revisión judicial a la luz de la idea de obligación jurídica, el autor concluye que "no hay obligación *prima facie* de obedecer una ley perniciosa o injusta cuando existen limitaciones a la autorización para crear leyes". La obligación de obedecer el Derecho es moral, lo que quiere decir que "deriva del contenido del Derecho y, por tanto, que es externa al mismo".

ABSTRACT. The author studies the connection between the judicial review of laws and the problem of obedience to the law. In particular, the author tries to show the way in which an analysis of the judicial review doctrine contributes to the solving of a number of questions related to the problem of obedience to the law. In the author´s opinion, "the obligation to obey the law derives from the accordance existing between a legal norm and an external norm […] the moral content of the law defines or determines whether an obligation to obey the law is created". Taking as a starting point the analysis of the judicial review, considered in the light of legal obligation, the author concludes that "there is no prima facie obligation to obey a pernicious or unjust law when limitations exist on the authorization to create laws". The obligation to obey the law is a moral one, which means that "it derives from the content of law and, therefore, it is external to it".

DOXA, Cuadernos de Filosofía del Derrecho, 27 (2004) ISSN: 0214-8676 pp. 349-376

Introducción

El Derecho constituye una de las más grandes instituciones y prácticas sociales jamás desarrolladas por el hombre. Éste representa un gran paso en la evolución cultural y si alguna vez la civilización perece se deberá, en parte, a nuestro fallo por comprender el potencial del "rule of law"[1]. En tiempos recientes ha surgido una creencia generalizada según la cual, el hecho de que un Abacha, o un Kabila, o un Mugabe, dicten una ley mediante una siniestra influencia sobre el poder legislativo, constituye una condición necesaria y suficiente para que dicha ley sea obedecida. Frecuentemente, estos puntos de vista descuidan el contenido de las leyes en cuestión. Este trabajo pretende mostrar que tal actitud responde a un error y que es por tanto falsa.

De acuerdo con Judith Sklar, algunas disputas filosóficas rara vez se resuelven, en tanto que otras, tienden a desaparecer. Sin embargo, hay algunas controversias que poseen una extraordinaria aptitud de supervivencia[2]. La teoría de la obligación se sitúa en dicho ámbito: constituye uno de esos temas controversiales relacionados con la naturaleza del Derecho y que son de gran preocupación para los filósofos del Derecho. Este trabajo estudia la naturaleza del problema de la obligación de obedecer el Derecho, y muestra que el análisis de la doctrina de la revisión judicial puede contribuir a resolver algunas cuestiones relacionadas con el problema que nos ocupa.

El concepto y el problema de la obligación de obedecer el Derecho

A lo largo de la historia de las ideas políticas y jurídicas, filósofos políticos y del Derecho han estado divididos en torno a un concepto fundamental: el de la obligación[3]. Por ejemplo, uno puede preguntarse ¿qué

---

[1] J.C. Smith, *Legal Obligation* (London: Athlone Press, 1976) Ver prefacio.

[2] Judith Sklar, *Legalism* (Massachussets, 1964) p. 29.

[3] Prueba de ello es la abundante bibliografía acerca del concepto de obligación que se halla en la filosofía del Derecho, moral y política. Ver, por ejemplo, A. John Simmons, *Moral Principles and Political Obligation* (Princeton, Princeton University Press, 1979); Rolf Sartorius, "Polítical Authority and Political Obligation", *Virginia Law Review,* vol. 67, (1981); Harry Beran, *The Consent Theory of Obligation* (London, Croom Helm, 1987); Michael Walzer, "The Obligation to Disobey", in Edward Kent, (ed.), *Revolution and the Rule of Law* (Englewood cliffs, N.J, Prentice-Hall, Inc., 1971); Tony Honore, "Must we Obey?, Necessity as Ground of Obligation", *Virginia Law Review* vol, 67, Feb (1981); J.C. Smith, *Legal Obligation,* (London, Athlone Press, University of London, 1976); R.J. Bernstein, "Prof Hart on Rules of Obligations", Mind vol. 73 (1964); Henry Hart, "The aims of the Criminal Law", *Law and Contemporary Problems* vol. 23, (1958); A.C. Woozley, *Law and obedience* (1979); Hart, H.L.A., "Legal and Moral Obligations" en A.I. Melden (ed.), *Essays in Moral Philosophy* (Seattle: University of Washington Press, 1958); Josep Raz, *The Authority of Law* (Oxford: Oxford University Press, 1979), etc.

son las obligaciones? ¿Tenemos y necesitamos obligaciones? En particular, mi propósito es profundizar en la conexión que puede encontrarse entre la doctrina y la práctica de la revisión judicial y el problema de la obediencia al Derecho. Para llevarlo a cabo intentaré responder a dos preguntas relacionadas con el propósito de este trabajo: ¿Existe siempre una obligación de obedecer el Derecho con independencia de "cualquier otro tipo de consideraciones" en la medida en que la regla en cuestión es una ley? ¿Puede siempre sostenerse que una "ley prohibida" y una "ley permitida"[4] generan por igual una obligación?

La naturaleza de la obligación y de los deberes

Una comprensión cabal acerca de la idea de obediencia al Derecho presupone, en mi opinión, una reflexión previa acerca de la idea de la obligación en sí misma. En este sentido, uno puede preguntarse ¿qué son las obligaciones? El concepto de obligación es frecuentemente utilizado como sinónimo del concepto de deber; ambos conceptos, como se verá más adelante, poseen la misma estructura que los enunciados de deber. Estos enunciados expresan un imperativo e implican un estándar para una evaluación específica. Algunas conductas son ponderadas, evaluadas y juzgadas de acuerdo con estándares específicos o establecidos, y, sobre esa base, son evaluadas como correctas o incorrectas. Un enunciado que enfatice o que incorpore dichos juicios o evaluaciones acerca de lo que alguien "deba hacer", de que alguien tenga la obligación o el deber de hacer algo, o lo contrario, es, en gran medida, una declaración acerca de que hay buenas razones para realizar el acto, o de que habrá consecuencias en caso contrario. Es por eso que en la mayoría de los enunciados de "deber" u "obligación" –que incorporan dichos juicios y evaluaciones–, generalmente, pero no en todos los casos, se acompaña la expresión "por qué"[5].

Para A. John Simmons, las obligaciones son requerimientos morales generados mediante la realización de un acto voluntario[6]. Siguiendo al mismo autor, los deberes son "deberes relativos al cargo" o bien deberes morales[7]. Los primeros hacen referencia a aquellos deberes que se poseen en virtud

---

[4] Las frases entrecomilladas son tomadas del voto particular del juez John Marshall en el caso *Marbury v. Madison* (1803). Estas expresiones, a mi parecer, están llenas de controversias. En mi opinión, tales controversias puede ser discutidas con el fin de establecer su alcance. De la misma manera, responden a la pregunta acerca de si un acto declarado inválido sigue siendo una ley o no.

[5] J. C. Smith, *Legal Obligation* (London: Athlone Press, University Press, 1979), p. 35.

[6] A. John Simmons, *Moral Principles and Political Obligation* (Princeton: Princeton University Press, 1979), p. 11.

[7] Ibíd. p. 12.

de un puesto público; mientras que los deberes morales son aquellos que se poseen en virtud de la pertenencia a la raza humana. Por tanto, los primeros hacen referencia a un cargo público como el del juez, el del policía y otros similares, con facultades expresas o deberes específicos que se deben desempeñar. Los últimos hacen referencia a nuestro deber natural como seres humanos para ayudar a todo aquel que lo necesite. Y así, según Simmons, los deberes relativos al cargo son moralmente vinculantes únicamente cuando un cargo público es asumido voluntariamente.

A la luz del anterior análisis, un examen acerca de la naturaleza de los deberes, y de las variadas distinciones que pueden hacerse acerca del concepto de deber, puede ayudar a una adecuada comprensión acerca del concepto de obligación. Lo anterior se debe a que los deberes son una especie del género obligación, en tanto que se pueda afirmar que ambos son conceptos normativos, –i.e., que expresan prescripciones y evaluaciones–, a pesar de que no en todos los sentidos una obligación tenga el mismo significado que el de un deber. En este sentido, se puede distinguir entre deberes *prima facie* y deberes concluyentes. Los deberes *prima facie* son deberes que conllevan una presunción a favor de su obediencia. Argumentar en contra de las presunciones que subyacen a estos deberes implica dar razones que muestren que alguien no tiene tales deberes. En caso de que aquellas razones no sean suficientemente fuertes o en caso de que no existan tales razones –dada la ausencia de otros deberes de ese tipo–, éstos se convierten en lo que uno debe hacer.[8] En este caso, aquellos deberes se convierten en deberes concluyentes que por su naturaleza se explican a sí mismos, e.g. el deber de un padre o de una madre hacia su hijo.

Además, existen deberes morales y deberes jurídicos. Los primeros son aquellos deberes en los que impera su origen moral y que, en determinado momento, se perpetúan o continúan como un anacronismo bajo la forma de deberes jurídicos. La presión que respalda el reclamo de conformidad se convierte únicamente en respeto por la ley[9]; este respeto convierte así esos deberes en pautas legales o promulgaciones y por lo tanto en deberes jurídicos. Pero la pregunta más interesante es ¿en qué momento surge este intercambio entre los deberes morales y jurídicos? ¿Cómo puede indagarse si el respeto por la ley vigente no puede acaso rastrearse en la moralidad que inicialmente dio vida a tales deberes y que, de hecho, ese respeto no es otra

[8] Tony Honoré, "Must we Obey? Necessity as a Ground of Obligation", *Virginia Law Review*, Vol. 67, Feb., (1981), p. 48.

[9] Véase Dias, "Jurisprudence", en *Obligation and Duty* (London: Butterworths and co publishers, Ltd. 1985) 5ª ed., p. 229.

cosa que la moralidad inherente a tales leyes?[10] Es en esta línea argumentativa en la que la idea de deber u obligación de obedecer el Derecho resulta a la vez interesante y problemática.

Del análisis elaborado hasta el momento se desprenden algunas conclusiones. Simmons afirma que las obligaciones son "requerimientos morales generados por la ejecución de un acto voluntario". A mi parecer, esto explica que las obligaciones sean debidas, creadas, asumidas o aceptadas. Si Simmons está en lo correcto, en relación con la idea de que las obligaciones son generadas (y en este sentido entiendo que el termino "generadas" excluye la idea de imposición), entonces una obligación no se impone ni posee una relación necesaria con las sanciones. Lo anterior significa en términos habituales, que el temor a la sanción no impone obligaciones y no requiere la imposición de obligaciones. De la definición de Simmons también se deduce lo siguiente: si las obligaciones son requerimientos morales ¿son acaso generados únicamente porque los actos realizados en conformidad con ellos son voluntarios? O bien, ¿es que tales actos son voluntarios porque se ubican dentro de los confines de un requerimiento moral y no de requerimientos jurídicos? Simmons parece no tener una respuesta ante esta pregunta. La razón que encuentro para formular esas dudas reside en mostrar el nivel de distinción que puede trazarse entre los actos voluntarios, generados por los requerimientos morales, y aquellos que son generados por los requerimientos jurídicos, si es que los hay. ¿Pero qué son los requerimientos morales?

Si contestásemos a la pregunta en el sentido de que son obligaciones, en realidad no habremos contestado a la cuestión, se estaría incurriendo en una petición de principio. Una posible respuesta sería afirmar que los requerimientos morales son estándares morales mediante los cuales es posible la realización de un acto esperado, ya que tales requerimientos son aceptados o creados. En otras palabras, que dichos estándares explican la razón del por qué, dentro de unas expectativas determinadas, se afirma que la realización de ciertos actos es aceptada o debida y no impuesta. En suma, que son actos que debemos hacer, i.e., acciones generadas, debidas, aceptadas o creadas mediante estándares adecuados para un ser humano ideal[11]. Todo esto mues-

---

[10] Estas preguntas subrayan una de las controversiales dimensiones del debate acerca de la conexión conceptual entre el Derecho y la moral. Véase el debate entre los profesores Hart y Fuller en *Harvard Law Review*, vol. 71, (1958); véase, además, Edmond Cahn, *The Moral Decision*, (1955); Bloom Cooper y Drewry, G., *Law and Morality*, (1976); Norman Saint John-Stevas, *Life, Death and the Law,* (1961).

[11] Equiparar el "requerimiento moral" de Simmons con la idea de los estándares morales puede parecer sencillo y directo: sin embargo, puede suscitar malos entendidos. En primer lugar existen muchos estándares en la filosofía moral, ¿cuáles constituyen un requerimiento? En segundo lugar los estándares no tienen una naturaleza estática ya que evolucionan; y si

tra entonces la conexión entre los enunciados de deber y de obligación. Se puede afirmar en ese sentido que existe una relación lógica entre el concepto de "razón" y los enunciados de deber[12]. Podemos concluir que si se da el caso de que alguien deba hacer algo, o que algo deba ser realizado, entonces existen buenas razones para que aquello sea hecho[13] o para no hacerlo en absoluto.

Llegado este punto, se puede decir que si los enunciados de obligación y de deber son expresables también a través del lenguaje del deber o poseen la misma estructura conceptual que el lenguaje de deberes, entonces podemos concluir que al afirmar que existe una obligación de obedecer el Derecho estamos introduciendo la razón del por qué un ciudadano tiene el deber o la obligación de obedecer el Derecho de un Estado. Esto desvía mi atención hacia el debate en la filosofía del Derecho sobre la obligación de obedecer el Derecho.

¿Existe una obligación de obedecer el Derecho?

La pregunta acerca de la obligación de obedecer el Derecho ha sufrido un giro muy importante en la historia del pensamiento teórico jurídico. Existen puntos de vista divergentes sobre el tema: por un lado se encuentran aquellos que niegan la existencia de tal obligación, frente a aquellos que afirman contundentemente su existencia y ofrecen pruebas de ello. Primero me ocuparé del punto de vista que afirma que tenemos una obligación de obedecer el Derecho, posteriormente presentare el punto de vista escéptico.

Partidarios de la existencia de una obligación de obedecer el Derecho

En la literatura contemporánea de la teoría del Derecho, el análisis acerca de la idea de obediencia al Derecho ha recibido un tratamiento notorio

---

evolucionan y se afirma que son la base del requerimiento moral de acuerdo con Simmons, entonces se sigue que los enunciados de obligación no tienen un carácter estático. En otras palabras, lo que puede servir como base para la obligación puede rechazarse por futuras concepciones. Finalmente existen tres niveles a través de los cuales puede analizarse lo anterior: los estándares que requerimos, aquellos que deseamos, y aquellos que respetamos. Obviamente, hay diferentes niveles de estándares y si los enunciados de obligación se basan en ellos esto puede ser problemático. Entonces ¿cómo avanzar si existe un punto límite en el análisis de la naturaleza de los deberes y la obligación? Mi respuesta es la siguiente: sea lo que sea aquello que los estándares morales invoquen, puede afirmarse con seguridad que los estandartes morales mediante los cuales realizamos un juicio se encuentran necesariamente conectados con la estructura del lenguaje prescriptivo. Es por eso que afirmo que aquellas acciones son generadas a través de dichos estándares y que son posibles ya que son debidos o creados, i.e., constituyen aquello que debemos hacer.

[12] J.C. Smith, op. cit. p. 35.

[13] Ibíd., p. 59.

en el trabajo de John Austin. Las ideas de Austin acerca de la existencia de la obligación de obedecer el Derecho provienen de su teoría del Derecho. Según John Austin,

> "Todo Derecho positivo, o todo Derecho así llamado, es impuesto por un soberano o por un conjunto de personas soberanas al miembro o miembros de la sociedad políticamente independiente en la cual dicha persona o cuerpo es soberana y suprema"[14].

De acuerdo con Austin, el soberano es aquel individuo o conjunto de individuos que reciben obediencia habitual de la masa de la sociedad sin que aquellos presten obediencia a una instancia superior. En sus palabras,

> "Si un sujeto superior que no debe obediencia a otro semejante, recibe obediencia habitual por parte de la gran mayoría de una determinada sociedad, ese individuo es entonces soberano en tal sociedad, y esa es entonces una sociedad política e independiente"[15].

Para Austin, la obligación de obedecer el Derecho surge del mandato soberano según el cual algo debe ser hecho o de lo contrario se aplicará una sanción. En otras palabras, la obligación es jurídica, según Austin, dado que "una ley que no establezca obligación alguna es una contradicción en sus términos"[16]. Esto quiere decir que la pregunta acerca de la naturaleza del Derecho y de la obligación que genera, tiene su origen en el carácter vinculatorio y coactivo del Derecho. En su famosa frase

> "La existencia del Derecho es una cosa, su merito o su demérito es otra. El que lo sea o no, es una pregunta, el que lo sea conforme a ciertos estándares asumidos es una pregunta diferente. Una ley que de hecho existe, es una ley a pesar de que no la aprobemos o a pesar de que varíe en relación con el texto respecto al cual valoramos si la aprobamos o la desaprobamos […][17] Las leyes más perniciosas y por tanto, aquellas que a simple vista parecen oponerse a la voluntad de Dios, han sido y son continuamente reforzadas como leyes por los tribunales judiciales"[18].

En resumen, la idea austiniana de la obligación no es únicamente que existe una obligación de obedecer el Derecho, sino que la obligación en cuestión es jurídica y no de otro tipo. Es jurídica, debido a que la ley en cuestión tiene necesariamente el rasgo de una obligación, es decir, es vinculante, y por lo tanto, hablar del Derecho en términos que no impliquen obligatoriedad es caer en contradicción. Más aún, Austin considera que el rasgo

---

[14] John Austin, "Law as the Sovereing's Command" en *The Nature of Law*, M.P. Golding (ed.) (New York: Random House, Inc., 1966), p. 95.

[15] Ibíd., p. 94.

[16] p. 96.

[17] p. 95.

[18] p. 96.

principal de esta obligación es el dolor que puede inflingirse a un individuo en caso de desobediencia. Dicho muy brevemente, la obligación para Austin es jurídica y por tanto no es moral ni prudencial.

Los críticos de Austin consideran que en el trabajo de este autor hay un error fundamental. H.L.A. Hart –quien se basa en la teoría austiniana de la obligación–, postula que la teoría de Austin es incapaz de proveer una imagen clara de la obligación. La crítica de Hart se dirige hacia dos puntos concretos: Hart rechaza la naturaleza del Derecho en los términos establecidos por Austin y critica la idea de obligación que de ella se deriva. En primer lugar, definir el Derecho como mandato del soberano implica mostrar una visión incompleta de la naturaleza del Derecho. El modelo de Austin elimina por completo aquellas reglas que autorizan o confieren poderes y que prácticamente, no son reducibles a mandatos. Hart critica además el modelo austiniano de la naturaleza del Derecho ya que refleja únicamente relaciones de tipo vertical, es decir, mandatos de un soberano a un súbdito; existen leyes según Hart que configuran una relación horizontal[19].

La crítica de Hart, a partir de su teoría de la obligación, no consiste en negar la existencia de una obligación de obedecer al Derecho, sino que defiende que ésta no debe entenderse en términos coactivos. Está de acuerdo con Austin en que la obligación de obedecer el Derecho es jurídica, i.e., que se relaciona con el aspecto interno de las reglas. Para Hart, sin embargo, el análisis de la obligación ofrecido por Austin claramente exagera la relación entre tener una obligación y verse obligado a obedecer. Hace una analogía entre la propuesta de Austin y el caso de las amenazas de un hombre armado, ya que Austin considera que no existe un orden jurídico si sus reglas no imponen un castigo en caso de desobediencia[20]. Además, la teoría de Austin presenta el punto de vista según el cual no existe obligación para un individuo si no existe la posibilidad de la amenaza o la coacción. Esta imagen no se percata de las razones por las que la gente obedece o debe obedecer, y por ello, es insuficiente para esclarecer la realidad práctica subyacente a la relación entre un sistema jurídico y sus ciudadanos. ¿Cuáles son entonces las ideas de Hart acerca de la obediencia al Derecho?

De acuerdo con Hart, la teoría de la obligación se explica mediante expresiones como "deber", "estar vinculado", "tener un deber" etc., que están relacionadas con el aspecto interno de las reglas. En sus palabras,

---

[19] Ver, Hart, H.L.A. "Positivism and the Separation of Law and Morals", *Harvard Law Review*, vol. 71, (1958), pp. 600-606.

[20] Hart, H.L.A. "Obligation and Coercion" en *The Nature of Law*, M.P. Golding (ed.) (1966), pp. 104-106.

> "Si tenemos la obligación de hacer algo estamos en algún sentido vinculados a hacerlo, y ahí donde estamos vinculados estamos en algún sentido constreñidos"[21].

En otras palabras, debemos hacerlo porque tenemos la obligación de hacerlo. Dada esta explicación, ¿qué es aquello que perfila nuestra comprensión acerca del deber jurídico?

En *El concepto de Derecho*, Hart expone algunos factores que determinan la obligación de un individuo de obedecer el Derecho. En primer lugar, la existencia de reglas sociales que configuran cierta clase de acciones como estándares de comportamiento; en segundo, que la función distintiva de un enunciado tal consiste en aplicar una regla a un cierto individuo llamando su atención en el hecho de que su conducta está regulada por un estándar[22]. Sin embargo, no todas las reglas sociales generan obligaciones para el individuo.

Posteriormente, Hart explica que una regla particular, por ejemplo *X* impone una obligación, si, y sólo si, posee las siguientes características. Primero, si *X* establece que hay una demanda social de conformidad; segundo, si *X* es necesaria para el sustento de la vida social; tercero, si *X* implica renuncia y sacrificio[23]. Sin embargo, de acuerdo con Hart, lo que determina nuestra concepción acerca del deber hacia el Derecho es la idea de presión social; esa presión imprime en el individuo la idea de que la sociedad demanda su conformidad con la regla. Dicha presión según Hart asegura la obediencia al Derecho.

Hart sostiene que tales obligaciones son similares a las que se derivan de una promesa. En ambas puede hablarse de obligaciones creadas debido a su "dependencia de una práctica vigente del grupo" por tanto hay una "posible independencia del contenido" y del uso de la coacción[24]. ¿Es necesaria la coacción en relación con las obligaciones surgidas de una promesa, y, por extensión, respecto de la obligación de obedecer el Derecho? Hart así lo cree. ¿El contenido de ciertas reglas conlleva alguna diferencia? Hart no lo niega. Para él, lo importante es "el seguimiento de un procedimiento por el sujeto apropiado en las circunstancias apropiadas"[25].

En conclusión, lo que podemos extraer del análisis de Hart acerca de la obediencia al Derecho es que ha tenido éxito solamente en la explicación

---

[21] Ibíd., p. 104.

[22] Hart, H.L.A. *The Concept of Law*, (Oxford: Clarendon Press, 1961), p. 83.

[23] Ibíd., pp. 84-85.

[24] Hart, H.L.A., "Legal and Moral Obligation" en A.I. Melden (ed.) *Essays in Moral Philosophy*, (Seattle: University of Washington Press, 1958), p. 103.

[25] Ibíd., p. 102.

acerca de cómo los individuos perciben las reglas cuando las aceptan como estándares, pero no explica por qué ellos aceptan ciertas reglas como guías para su conducta[26]. Es el "por qué" lo que explica cabalmente que la gente considere que el Derecho deba obedecerse y deba, por tanto, ser aceptado por ellos como constitutivo de un estándar para su conducta[27]. Al analizar la estructura del lenguaje acerca del deber, se afirmó que la respuesta al "por qué" frecuentemente acompaña tales enunciados. Entonces, si Hart se proponía explicar el deber de obediencia a la ley, esa explicación debe tener en cuenta por qué es vinculatoria o por qué tales leyes son obligatorias.

A juicio de R. J. Bernstein, la explicación de Hart fue insuficiente para demostrar la diferencia entre las reglas que crean o imponen obligaciones y las que no lo hacen. Como prueba de ello muestra aquellos estándares que, a pesar de no crear obligaciones, reflejan una presión social severa en relación con aquellos que se desvían de ellas[28]. Y más aún, la falta de énfasis por parte de Hart en la presión social como fuerza vinculante de la obligaciones se aproxima a la idea de que "la gente impone presión social sobre otras para que se comporten de determinada manera dada la existencia de una obligación" y de que una "obligación no existe porque ciertos individuos ejercen presión social"[29]. La presión social impuesta por los individuos no determina la existencia de una obligación; es concebible que ciertos individuos ejerzan presión social, e insistan en que se obtenga un mínimo estándar de comportamiento, sin que tal estándar lleve aparejado un fuerte componente de obligación.

Por su parte, Henry Hart señala que la obligación de obedecer el Derecho es jurídica y que el incumplimiento de una ley permite calificar al infractor como criminal. De acuerdo con Hart, "el incumplimiento voluntario o involuntario de una obligación jurídica provee una base para la culpa, lo que justifica calificar a los infractores como delincuentes"[30]. Este argumento no considera las razones por las cuales un individuo puede actuar en contra de lo establecido por una ley; y argumentar que un individuo no puede justificar su actuar ilícito implica olvidar algunos de los rasgos sobresalientes de las prescripciones constitucionales acerca de las reivindicaciones en contra del Estado.

---

[26] J.C. Smith, op. cit., p. 28.

[27] Ibíd.

[28] Bernstein, R.J. "Prof. Hart on Rules of Obligations", *Mind*, vol. 73, (1964), p. 563. Como ejemplo el Prof. Bernstein propone la desnudez.

[29] J.C. Smith, op. cit., p. 33.

[30] Henry Hart, "The Aims of the Ciminal Law", *Law and Contemporary Problems*, vol. 23, (1958), pp. 401, 418.

Tony Honoré adopta un argumento distinto. En su opinión puede decirse que un individuo tiene la obligación de obedecer el Derecho si cada miembro de una sociedad, en la que la pertenencia es forzosa, debe satisfacer los requerimientos de otros miembros cuando se le presentan bajo la forma constitucional adecuada[31].

En opinión de estos autores, el mero hecho de que una ley ordene o prohíba alguna acción es condición necesaria y suficiente para afirmar, no solamente que existe obligación de obedecer el Derecho, sino que, de hecho, aquellas leyes imponen obligaciones a los afectados y que, en ese sentido, se puede afirmar que la ley es vinculante; la pregunta acerca del contenido de las leyes debe siempre examinarse con independencia de cuál sea la obligación de un individuo. Estas consideraciones son relevantes para un escrutinio crítico del punto de vista según el cual, hay obligación de obedecer el Derecho y que dicha obligación es jurídica, es decir, que deriva de las reglas jurídicas. Sin embargo, hay quienes sostienen que no tenemos obligación de obedecer el Derecho.

Perspectivas escépticas acerca de la obligación de obedecer el Derecho

La pregunta que incomoda a estos filósofos escépticos es la siguiente ¿el hecho de que el Derecho requiera algo es por sí mismo una condición necesaria y suficiente para hacerlo? Josep Raz, en las páginas iniciales del capítulo "Obligación de obedecer el Derecho" de su libro "La autoridad del Derecho"[32], afirma que no existe obligación de obedecer el Derecho. El profesor A. Woozley en *Law and obedience* opina firmemente que explicar la razón por la cual una ley es obligatoria diciendo "porque así lo establece el Derecho" no constituye razón alguna.

En opinión de Woozley, "si líderes políticos y jefes de policía se impusieran, nosotros creeríamos que una razón de peso (posiblemente la principal, sino es que la única razón) para obedecer la ley sería simplemente porque es tal ley. De hecho, exceptuando determinada clase especial de leyes, esa no es razón alguna"[33]. Que una ley ordene o prohíba la realización de cierta conducta puede no constituir por sí misma una razón suficiente para obedecerla. Una ley simplemente establece que algo debe hacerse, el por qué debe hacerse simplemente está fuera del alcance del Derecho.

Alan Simmons también se adhiere al punto de vista según el cual no hay un deber *prima facie* de obedecer el Derecho. Para Simmons, los gobiernos

---

[31] Op. cit., p. 44.

[32] Josep Raz, *The Authority of Law. Essays in Law and Morality*, (Oxford: Clarendon Press, 1979), p. 233.

[33] A.Z. Woozley, *Law and Obedience*, (1979), p. 72

no tienen normalmente derecho a ser obedecidos por sus ciudadanos, no tienen derecho a forzarlos a obedecer, o a castigarlos en caso de desobediencia[34]. En esa línea escéptica, M.B.E. Smith sostiene que no hay obligación *prima facie* de obedecer el Derecho[35]. Esto quiere decir que siempre hay razones para mostrar que no hay tal presunción en favor del deber de obediencia y que hay razones fuertes para mostrar que alguien no está obligado a hacer lo que el Derecho establece. Richard Wasserstrom, por su parte, rechaza la idea según la cual si un individuo actúa ilegalmente no pueden existir razones sólidas para justificar su actuar ilícito.

Las anteriores son posturas escépticas acerca de si el mero hecho de que una acción sea ordenada o prohibida por el Derecho constituye, en sí mismo, una condición necesaria y suficiente para hacer o abstenerse de hacer lo que el Derecho prescribe. Sin embargo, viendo las cosas desde otra perspectiva, hay excepciones a estas conclusiones escépticas. Josep Raz, por ejemplo, afirma que aquel sujeto que en realidad respeta las leyes de un Estado está constreñido a obedecer. Para este autor, el respeto hacia un sistema jurídico genera obligaciones; ¿pero en que sentido puede decirse que el respeto es una condición necesaria y suficiente para generar un deber de obediencia? Claramente hay muchos casos en los que un individuo muestra una actitud de respeto a un sistema jurídico sin estar obligado a hacer lo que este ordena; es posible mostrar respeto, pero no es siempre cierto que esto genere obligaciones. El respeto no es necesario para generar un deber *prima facie*; de hecho, puede pensarse que la falta de respeto hacia las leyes es un modo para denunciar errores fundamentales en un sistema jurídico determinado. El deber hacia otros ciudadanos se funda en la interdependencia y no en la amistad, de otro modo seria ventajosa la falta de respeto[36].

Woozley, por su parte, admite que solamente cierta clase de leyes vinculan a hacer lo que el Derecho establece y que esto constituye una razón suficiente. Por ejemplo, las leyes que regulan el voto[37]. Para que un individuo vote, y para que lo haga en el sentido adecuado, a uno le corresponde considerar la ley que regula el voto como suficientemente fuerte para explicar por qué la ley es obedecida; excepto, cuando uno opta por no votar, lo que significa que hay razones morales de peso para no hacerlo. Todos estos filósofos, a pesar de su postura escéptica, admiten que hay razones morales independientes para hacer lo que el Derecho exige. Sin embargo, la

[34] Simmons, op. cit., pp. 193-195.

[35] M.B.E. Smith "Is there a Prima Facie Obligation to Obey the Law?", *Yale Law Journal*, vol. 82, (1973), p. 950.

[36] Ver Tony Honoré, op. cit. p. 50.

[37] Op. cit. p. 6.

cuestión importante es: ¿hacia dónde y a qué fin nos conducen estos puntos de vista en relación con la discusión acerca del problema de la obediencia al Derecho?

Que las obligaciones sean morales o jurídicas depende de lo que signifique decir que una obligación es moral o jurídica. La obligación moral muestra la obediencia a una ley como algo externo a ella. En otras palabras, aquello que explica adecuadamente que una ley sea moralmente vinculante respecto a un individuo es que ésta consigue el deseado fin de la existencia humana, i.e., la felicidad a la luz de lo que aquella ley considera justificado. Una ley inmoral, es decir, aquella que fracasa en el intento de conseguir el fin deseado de la existencia humana, no conlleva obligación alguna. Este argumento no quiere decir que toda regla moral se convierta en una regla jurídica, sino que cualquier regla jurídica que sea creada con la pretensión de vincular moralmente debe admitir el mínimo estándar de toda regla moral**.** En otras palabras, el "deber" de una regla jurídica es perfilado por un deber moral, en el sentido de que si es el caso que un individuo esté legalmente obligado a hacer *X,* entonces es el caso que debe hacerlo en un sentido moral[38]. Esto se acerca al pensamiento del Derecho natural. La famosa frase de Tomás de Aquino y de Agustín de Hipona según la cual "una ley injusta no es ley", recoge, en algún sentido, el punto de vista anterior. La misma idea es destacada en *La moralidad del Derecho* del Profesor Lon Fuller, quien argumenta que hay una moralidad que hace posible el Derecho y que lo hace vinculante u obligatorio. Esto es lo que denomina "la moral interna del Derecho" y la "moral externa al Derecho"[39]. El último aspecto se refiere a la moral que hace posible el Derecho, i.e., algunos requerimientos morales para la existencia de un orden o sistema jurídico. El primero es descrito por Fuller como aquellos principios morales respecto a los cuales debe conformarse toda creación del Derecho. Estos aspectos morales, de acuerdo con Fuller, constituyen la base de la obediencia al Derecho. Para él, la obligación no puede ser jurídica porque no puede fundarse únicamente en el Derecho.

En sus palabras:

> "Que el Derecho no pueda estar fundado en el Derecho puede entenderse en un doble sentido. En primer lugar, la autoridad para crear Derecho debe estar respaldada por actitudes morales que le confieren la competencia que reclama para sí mismo. En este caso, nos encontramos frente a la moralidad externa al Derecho, la moralidad que lo hace posible […] No puede existir Derecho hasta

[38] J.C. Smith, op. cit., p. 6.

[39] Lon Fuller, *The Morality of Law*, (Connecticut: Yale University Press, 1964), pp. 152-184. Véase también "Positivism and Fidelity to Law. A Reply to Prof. Hart", *Harvard Law Review*, vol. 71, (1958), pp. 630-672.

que nuestro monarca esté preparado para aceptar la moralidad interna del Derecho"[40].

El mismo punto de vista se encuentra en la obra de John Finnis. Siguiendo la tradición del Derecho natural, Finnis sostiene que la obligación de obedecer el Derecho surge en la medida en que la ley en cuestión contravenga o refuerce lo que él llama "principios básicos" y "razonabilidad práctica". Las leyes que contravengan estos principios serán calificadas como injustas porque no permiten alcanzar el bien común; mientras que aquellas que los refuerzan o se aproximan a ellos serán justas. Por tanto "la autoridad moral del Derecho depende […] de su justicia o por lo menos de su capacidad para asegurar la justicia"[41]. Aquel sentido de justicia no es para Finnis, dirigido a uno mismo sino dirigido a otros, es decir, tiene que ver con las relaciones hacia otros individuos[42]. Es un deber dirigido a otros tal como el deber de un gobernante hacia sus súbditos, es decir, un deber que asegura la aplicación de leyes justas. Una obligación tal se dirige a otros y permite entender que la obediencia al Derecho no es prudencial. En opinión de Finnis, la obediencia *prima facie* al Derecho es una obligación moral una vez que pueda decirse que las leyes son justas, es decir, cuando se dirigen hacia la obtención del bien común. La importancia de ese punto de vista se muestra en el siguiente pasaje:

> "La autoridad, hablando estrictamente, no tiene derecho a ser obedecida pero tiene la autoridad para emitir órdenes y crear leyes moralmente obligatorias, teniendo la responsabilidad de imponerlas mediante la amenaza de la fuerza. Posee esta autoridad en interés del bien común […] Entonces, si usa esa autoridad para crear leyes en contra del bien común o en contra de cualquier principio básico de razonabilidad práctica, aquellas leyes en su conjunto carecen de la autoridad que de otro modo tendrían por su propia naturaleza"[43].

A partir del análisis de que existe obligación de obedecer el Derecho, y de que la base de tal obligación es moral, dicho en términos simples, se explica la idea de que la obligación de obedecer el Derecho deriva de la conformidad de una regla jurídica con una norma externa. En otras palabras, significa que el contenido moral de la ley define o determina si se genera una obligación de obedecer el Derecho. Sería completamente incorrecto etiquetar dichas ideas como estricto pensamiento de Derecho natural. Si bien, se puede decir que la doctrina del Derecho natural tiene una tendencia hacia tales puntos de vista, hay, sin embargo, algunos positivistas contemporáneos

---

[40] Lon Fuller, "Positivism and Fidelity to Law" op. cit. p. 645.

[41] John Finnis, *Natural Law and Natural Rights,* (Oxford: Clarendon Press, 1980) p. 260.

[42] Ibíd., p. 161.

[43] Ibíd., pp. 359-360.

que poseen esta inclinación. Joseph Raz es uno de los que me vienen a la memoria. Raz afirma terminantemente que no hay obligación de obedecer el Derecho, pero atenúa esta conclusión escéptica añadiendo como excepción que existen razones morales independientes para hacer lo que el Derecho ordena o exige.

¿Qué tan sólida es la tesis según la cual la obligación de obedecer el Derecho se funda en razones morales o en el contenido de la ley? En muchos casos, aquellos que se oponen a la idea de que la obligación de obedecer el Derecho es moral quieren evitar llegar a la conclusión de que hay una conexión necesaria entre Derecho y moral. En otras palabras, lo que se quiere evitar es sostener que no hay una línea clara que divida y separe aquello que el Derecho es de aquello que debe ser. Éste es el punto de vista que los positivistas jurídicos quieren aclarar, es decir, la tesis de la separación. La tesis de la separación como la concibe el Prof. H.L.A. Hart afirma que "en ningún sentido es necesariamente verdad que los normas jurídicas reproducen o satisfacen ciertas exigencias de la moral, aunque de hecho suele ocurrir así"[44].

¿Se incurre en una inconsistencia lógica si se suscribe por un lado la tesis de la separación y por el otro se afirma que el Derecho debe admitir un mínimo contenido moral o bien, que la obligación de obedecer el Derecho es moral? Si se acepta que el individuo es un agente moral, entonces la idea de que su obligación se funda en razones morales no es errada. Desde el punto de vista teórico como desde el punto de vista práctico esto puede sostenerse. Una ley que regule una cuestión que se reconozca como propia de la moral genera sin duda una obligación de obediencia dependiente del grado de moralidad que posea; tal obligación se verá fuertemente acentuada en la medida en que sea conforme con la moral. Y cuando existe silencio con respecto a un asunto moral estará dentro de los confines de la razón afirmar que la idea de obligación moral de obedecer es una pregunta abierta. Esta es la distinción que debemos mantener.

¿Qué sucede entonces con la obligación jurídica? Que la obligación sea jurídica conlleva la idea de que la obediencia al Derecho es interna al procedimiento de creación de las leyes. "La fuente de la obligación jurídica", sostiene Smith, "se deriva del poder autoritativo-coactivo por el cual la ley fue dictada y no del contenido del Derecho"[45]. Un elemento importante de dicho poder autoritativo es sin duda la coacción, este punto de vista puede describirse entonces como teoría coercitiva de la obligación. A juicio de

---

[44] Hart, H.L.A. *The Concept of Law*, (1961), p. 181. [Trad., esp. de Genaro R. Carrió, *El Concepto de Derecho*, Abeledo-Perrot, Buenos Aires, 1985, p. 230].

[45] Smith, op. cit., p. 7.

Smith: "La coacción está relacionada con los medios y no con los fines, en consecuencia, aquellas teorías que suscriben una teoría coactiva de la obligación serán positivistas. La coacción esta relacionada con mandatos y los mandatos, generalmente, son expresión de la voluntad más que de la razón ya que no proveen lógicamente una justificación de la manera en que sí la provee apelar a la razón"[46].

A partir de lo anterior, ¿no se sigue que la idea según la cual la obligación de obedecer el Derecho es jurídica puede sujetarse a crítica? Pero suponiendo que la existencia del Derecho y sus exigencias sean una razón para afirmar que un individuo tiene la obligación de obedecer, entonces, desde esa base, es obvio que eso no constituye una razón sino una petición de principio. Más aún, la obligación jurídica, tal y como fue presentada, conlleva la creencia de que las obligaciones no existen, o bien, de que no son creadas para un individuo cuando no hay posibilidad de que sea sancionado y condenado[47].

De lo anteriormente expuesto, acerca del debate entorno a la existencia de una obligación de obedecer el Derecho y lo que esto significa, puede afirmarse que se sitúa en medio del terreno de aquellos que afirman que es moral y de aquellos que afirman que es jurídica. En lo que resta de este trabajo aportaré una imagen de la obligación tal y como resulta de la esencia de la práctica de la revisión judicial.

Perspectiva teórica acerca de la doctrina de la revisión judicial

En la teoría del Derecho, la doctrina de la revisión judicial es un tema que ha suscitado una gran controversia. La polémica se centra, a grandes rasgos, en la legitimidad, justificación o fundamento de los presupuestos que subyacen a las estipulaciones, práctica y ejercicio de esta doctrina. Desde una posición moderada, es posible sostener que la legitimidad del control de leyes es frecuentemente cuestionada en todo caso importante que inquieta a un gran número de individuos. Desde una posición extrema, sin embargo, es considerada antidemocrática porque frustra la voluntad popular al anular la labor de sus representantes previamente elegidos, esto es, de la administración y de la legislatura democrática.[48]

---

[46] Ibíd.

[47] Theodore Benditt, *Law as Rule and Principle*, (Inglaterra: The Harvester press Ltd., 1978), p. 118.

[48] Sostiene esta idea Harry H. Wellington, "The Nature of Judicial Review", *Yale Law Journal*, vol., 91, (1982), pp. 486-487. En mi opinión esta crítica es incorrecta. La revisión judicial, cada vez que se ejerce, no requiere anular una ley o decreto del ejecutivo. Cuando esto sucede se efectúa siguiendo un procedimiento específico y determinado. Es verdad que los jueces son designados y seleccionados pero eso no contradice que la designación y selec-

Es en estos términos que el fundamento de la práctica es cuestionado por promover la idea de un poder judicial omnipotente. Más aún, se percibe la práctica de la revisión judicial como un acto de usurpación. Por ejemplo, en los Estados Unidos se suele afirmar que dicha doctrina no es un poder constitucionalmente reconocido, y por tanto, es observado como un intento de auto-atribución judicial de poder.

Pero a pesar de la red de controversias en que está envuelta la doctrina de la revisión judicial, algunos han visto en su esencia un modo para promover una democracia constitucional activa. En otras palabras, la revisión judicial es importante como medida correctiva en contra de los excesos políticos y el abuso del poder. Además, la democracia se presenta como uno de los medios idóneos para atenuar los excesos de las esferas políticas más permeables del gobierno, i.e., el legislativo y el ejecutivo. Así mismo, esta institución se percibe como el último bastión en el aseguramiento, salvaguarda y promoción de los derechos y libertades de los ciudadanos en contra del despotismo del poder legislativo y del ejecutivo.

Cuando se habla de la revisión judicial se habla también de la validez de las leyes. El ejercicio del control de las leyes está relacionado con el poder de un Tribunal para revisar y declarar la inconstitucionalidad de una ley dictada por el legislativo. En concreto, se declara que una específica ley del órgano creador es nula, ya sea en su totalidad, o en parte, por contravenir ciertas disposiciones constitucionales. Considerando que la ley proviene del órgano creador de Derecho, es decir, de la legislatura que controla y regula el día a día de las vidas y actividades ciudadanas, se sigue que cualquier acto que altere o afecte, desde el punto de vista de la Constitución, dicho control ejercido por el Parlamento, tendrá importantes consecuencias en relación con la obligación de los ciudadanos de obedecer tales leyes.

Partiendo de esta perspectiva teórico-constitucional, se sigue que una ley que contravenga los lineamientos constitucionales será inválida y carecerá de efectos, es decir, no será vinculante. De esto se sigue "[que] no impondrá deberes, que no creará derechos, ni protegerá a aquellos que asumen que deben obedecerla"[49]. Es ésta la posibilidad que quisiera explorar como relevante en relación con la discusión acerca de la obediencia al Derecho. Se puede objetar que, a la luz del debate teórico existente, la revisión judicial

---

ción se realice según cierto procedimiento democrático. Por ejemplo, en los Estados Unidos el presidente propone candidatos para puestos judiciales y, posteriormente, estos son presentados ante el Congreso para su aprobación. Lo mismo puede decirse en el caso del nombramiento de puestos judiciales durante la Segunda República Nigeriana. Hay casos en donde los jueces son elegidos mediante elección popular, aunque no en el mismo sentido que son nombrados los representantes de otras instancias del gobierno.

[49] Horace Davis, op. cit., p. 17.

carece de relación con el problema de la obediencia al Derecho, o bien, que el control de las leyes prueba la inexistencia de una obligación de obedecer una ley declarada inconstitucional.

En lo que sigue, intentaré señalar las objeciones que surgen respecto al significado de la revisión judicial desde la óptica del problema de la obediencia al Derecho. La revisión judicial, cuando es ejercida adecuadamente, permite explicar por qué una ley del órgano creador de Derecho es nula e inválida, y por qué un individuo, que busca una solución acudiendo a un Tribunal, no se encuentra bajo la obligación de obedecer tal ley. En otras palabras, una ley declarada inconstitucional no impone y no genera obligaciones a los afectados o aquellos que se supone debieran verse obligados.

Se suele considerar que la fuerza vinculante del Derecho es una cuestión de –o que da lugar a– obligaciones. En otras palabras, se pretende que las obligaciones jurídicas generadas por una ley sean distintas de las obligaciones morales. Esto quiere decir que aquellos que afirman que la obligación de obedecer el Derecho es jurídica aceptan que el mero hecho de que algo sea ordenado o prohibido por la ley constituye una condición necesaria y suficiente para hacer, o abstenerse de hacer, lo que el Derecho prescribe. Esto querría decir que la obligación de obedecer el Derecho es independiente del contenido de una determinada ley.

Pero el poder de revisión ejercido por los jueces subraya precisamente que la fuerza vinculatoria de las leyes no es una razón suficiente para sostener que los ciudadanos tienen la obligación de obedecer la ley o las leyes en general. La posibilidad de revisar y anular las leyes que infringen derechos morales como la libertad de conciencia, la libertad de pensamiento, de asociación, de trabajo y profesión, el derecho de participación política, la libertad para seguir planes de vida etc., ofrece un argumento convincente en contra de la idea de que la obligación de obedecer el Derecho surge simplemente porque la ley es la ley. De hecho, esgrimir tal argumento implicaría incurrir en una petición de principio.

Si una ley genera obligación porque es la ley, y si existe la posibilidad de que dicha norma, en relación con su contenido, pueda sujetarse a revisión, –i.e., para que se establezca que su contenido es conforme, o bien para que se establezca que es preciso apartarla porque su contenido no toma en cuenta los derechos fundamentales–, de ello se sigue que las obligaciones que derivan de una ley no son meramente jurídicas sino que se trata de una obligación derivativa i.e., que depende del contenido. Éste es otro modo de decir que la idea de conformidad de las leyes con respecto a un estándar dado o asumido es un criterio fundamental en el aparato creador de leyes. Esto es, en términos claros, lo que la revisión judicial en su esencia y justificación constitucional pretende establecer y afirmar.

Este argumento no olvida que puede abusarse del ejercicio de la revisión judicial así como también de los procedimientos legislativos a través de los cuales son creadas las leyes. Pero, por ahora, lo que he intentado dejar claro y establecer por medio de mis argumentos, es que cuando el poder de revisión es adecuadamente ejercido dentro de la estructura democrático-constitucional permite corregir el error inherente a la idea de que sea cual sea el requerimiento surgido de un proceso legislativo éste genera obligaciones. En otras palabras, se rechaza el punto de vista de que tal ley intenta ser vinculante sea cual sea su intención y que tal fuerza vinculante puede calificarse en términos de obligación hasta el punto de que un ciudadano esté forzado a obedecer tales leyes. Lo que la revisión judicial permite, en esencia, es un modo de cultivar y establecer un sentido compartido de justicia y el bien común que son los componentes necesarios de las leyes y otras promulgaciones. Como afirma Samuel Freeman,

> "La práctica de los tribunales consistente en justificar sus decisiones recurriendo a opiniones razonadas, hace públicas (en un modo en que no lo logra el procedimiento legislativo) las razones y propósitos detrás de la legislación al examinar las leyes a la luz de la Constitución. Al ratificar la legislación en contra del desafío constitucional la Corte intenta legitimar las leyes mostrando su consistencia con la Constitución"[50].

Samuel Freeman apunta también al fundamento moral inherente a la autorización para crear leyes y el sentido de justicia que se espera sea reflejado en todo intento de creación de leyes. En sus propias palabras, Samuel Freeman opina que los tribunales a través de la práctica de la revisión judicial,

> "Demuestran públicamente que las leyes no son excesivamente coactivas sino acordes con la libertad democrática. Y al calificar una ley como inconstitucional los tribunales no solamente revisan los fallos legislativos acerca de la justicia, sino que proveen, además, razones constitucionales acerca de estos fallos. En ambos sentidos, la revisión judicial contribuye al establecimiento de una lectura pública de la Constitución y de sus fundamentos morales al examinar las leyes a la luz de esos principios"[51].

Una interpretación correcta de lo anterior, así como del conjunto de las ideas antes expuestas acerca de la conexión entre revisión judicial y obediencia al Derecho es, desde mi punto de vista, la siguiente: cualquiera que esté obligado a obedecer una ley coherente con la Constitución puede justificadamente rehusarse a obedecer una ley declarada inconstitucional o tiene la obligación de desobedecer una ley declarada inconstitucional. El reverso de

---

[50] Samuel Freeman, "Constitutional Democracy and the Legitimacy of Judicial Review", *Law and Philosophy*, vol. 9, (1990-91), p. 365.

[51] Ibíd.

la anterior afirmación puede ser algo como lo siguiente: cualquiera que no sea inmune a la obligación de obedecer una ley, cuya validez constitucional no ha sido ni confirmada ni rechazada por el Tribunal, tiene la obligación de obedecer una ley que ha sido declarada constitucionalmente válida. Este caso no puede darse cuando se abusa del poder de revisión o cuando éste es claramente mal ejercido. Hay determinados casos en donde puede claramente sostenerse que los tribunales actúan a la luz de los principios evidentes y palpables de la libertad democrática. En una situación tal, un individuo tiene obligación de obedecer una ley que es constitucionalmente válida. Pero la pregunta significativa es ¿qué tan verdadero es este punto de vista o tesis?

Mi argumento a favor de esa idea es que la Constitución, que funciona como un criterio para evaluar la validez de la legislación, representa un punto central de acuerdo entre individuos racionales y autointeresados. Este acuerdo es lo que Samuel Freeman denomina "un precompromiso compartido". En opinión de Freeman, dicho acuerdo no es un compromiso nacido de un conflicto de intereses fundamentales, sino que es una representación de "un interés compartido de los ciudadanos democráticos por mantener las condiciones de su igual soberanía"[52]. Además, de acuerdo con Freeman, ese "acuerdo refleja su aceptación compartida y su compromiso con el mantenimiento de su posición de igualdad respecto a la libre persecución de sus fines"[53]. La elaboración de una Constitución que incluya los elementos básicos inherentes a los términos de su acuerdo, perfecciona este "precompromiso" y "aceptación compartida". Por esto se requiere la creación de "instituciones políticas que se limiten en los términos de este acuerdo. La revisión judicial, como uno de los tantos rasgos de esa Constitución, es parte del preacuerdo de los ciudadanos de una democracia hacia formas sociales justas"[54].

En tanto la Constitución incluya los términos de este acuerdo entre individuos racionales y autointeresados, y en tanto reconozca que el poder y autoridad (ya sea directa o indirecta) para enmendar esa Constitución esté en sus manos, es evidente que se puede afirmar que los términos del acuerdo constituyen un precompromiso compartido. Entonces, cuando la legislación democrática es confirmada por los tribunales como constitucionalmente válida, dentro de la estructura de esa opción democrático-constitucional, ésta se convierte en lo que ellos aceptan como obligatorio. "La voluntad popular tiene su expresión más clara y original en una democracia constitucional. Y nada en ese acuerdo exige que se delegue en aquellos con autoridad para

[52] Ibíd., p. 356.

[53] Ibíd.

[54] Ibíd.

hacer las leyes ordinarias la autoridad final para decidir la naturaleza de las condiciones constitucionales que determinan la validez de tales leyes"[55]. Las obligaciones surgidas de esta opción constitucional son obligaciones aceptadas voluntariamente, debidas y creadas; no son impuestas.

Es en este sentido que la doctrina de la revisión judicial, en su práctica y en su esencia, se relaciona con la idea y el concepto de obediencia al Derecho en la forma en que ha sido concebida en este trabajo. De manera sencilla, se puede afirmar entonces que un individuo o ciudadano de una sociedad democrática –que posea un sentido de aceptación y compromiso compartidos por mantener un estatus igual a los otros en el libre alcance de sus fines e intereses en un acuerdo con otros en igualdad de estatus dentro del marco de un arreglo constitucional–, tiene, en términos de ese acuerdo, la obligación de obedecer dichas leyes una vez que pueda afirmarse que son válidas en los términos de aquel arreglo y marco del cual forma parte.

Con el fin de confirmar los términos de esta obligación de obedecer el Derecho, un individuo acude ante el Tribunal cuando se contravienen los términos de ese acuerdo y las especificidades del compromiso documentados en la forma de una Constitución. Lo que hacen los jueces cuando ejercitan dicho poder sobre las leyes es dar razones ya sea, de que esa ley es acorde con los ideales democráticos resguardados en la Constitución, o bien, que esas leyes son contrarias al estándar constitucional de justicia. En ambos casos, la revisión judicial examina las leyes a la luz de los términos del acuerdo subrayados en la Constitución.

Por lo tanto, cuando los jueces ejercitan el poder de revisión se obtiene cualquiera de estos resultados: o se declara la constitucionalidad de la ley, o bien, se declara su inconstitucionalidad. En el primer caso, la norma en cuestión genera una obligación debida y no impuesta al sujeto destinatario; si se da el segundo, la norma no cuenta como vinculante ya que deja de ser una ley válida, i.e., "[es] Derecho muerto"; como consecuencia, esa ley no será aplicable mediante el uso de la fuerza. En ambos casos, la idea de obediencia al Derecho se manifiesta a través del ejercicio de la revisión judicial. Cuando se confirma la constitucionalidad de una ley se hace por una razón determinada que remite a la presencia de un factor vital necesario en todo intento de creación de leyes, por tanto, queda cerciorada su constitucionalidad. Y cuando sucede lo opuesto no se puede hablar de obligación debido a la ausencia de factores vitales necesarios para la idea del Derecho y su creación. Es la "presencia o ausencia de estos factores vitales" acentuados a través de la revisión judicial, lo que atrae mi atención y lo que reafirma mi posición acerca de que la doctrina del control judicial esta conectada con la idea de

[55] Ibíd., p. 360.

obediencia al Derecho. La revisión judicial da respuesta al hecho de que cuando algo es ordenado o prohibido por el Derecho no es razón suficiente para tener una obligación de obedecerlo. La idea de conformidad respecto a un estándar determinado y establecido es de importancia capital, la cuestión que surge ahora es si esos estándares son jurídicos o morales.

Dada esta imagen de la idea de obediencia que surge del ejercicio del poder de revisión, mi conclusión es que tal obligación es moral y no jurídica. Precisamente el punto medular del desacuerdo entre las distintas teorías del Derecho que se ofrecen hoy en día es la cuestión relativa a si la obligación de obedecer el Derecho es moral o jurídica.

La doctrina de la revisión judicial de las leyes sería imposible sin tener en cuenta un largo periodo histórico de legalismo, caracterizado por el respeto hacia la ley y hacia los intérpretes del Derecho[56]. En mi opinión, la historia del legalismo y del respeto a la ley, desde el punto de vista teórico, consiste en una serie de principios morales reconocidos en la Constitución en la forma de autorizaciones.

Se puede afirmar que, en la medida en que las leyes hayan sido creadas contraviniendo el contenido de aquella autorización y los fines para los cuales han sido dictadas, el grupo sujeto a aquel acuerdo moralmente comprometido no está moralmente obligado a obedecer tales leyes. Y cuando las leyes se dictan en conformidad con el acuerdo moralmente comprometido entonces tal grupo lo asume y le debe moralmente obediencia en conformidad con lo que ha sido ordenado o prohibido. En ambos casos, lo que se presenta como rasgo sobresaliente es la dimensión moral de la obligación y, a partir de esto, la ausencia de una mera imposición en relación con el individuo.

Si partimos de la idea de autorización, es claro que no se sostiene la idea de obligación jurídica. La vinculatoriedad del Derecho se interpreta como generadora de obligaciones no morales sino jurídicas. Que la obligación sea jurídica significa que lo que es mandado o prohibido es obligatorio independientemente del contenido de la ley. Sin embargo, esto no puede ser así si se acepta que la autorización que confiere autoridad a los creadores del Derecho es moral. Como dije, una autorización se otorga a través de lo que se ha denominado acuerdo moralmente comprometido. No es una razón suficiente el que una conducta sea ordenada o prohibida por el Derecho para que reciba obediencia o se considere obligatoria.

El olvido o usurpación por los creadores del Derecho de la dimensión moral de esa autorización es lo que conduce frecuentemente a que un individuo recurra a un Tribunal para enmendar, por decirlo de algún modo, un

[56] Ver cap. 2. nota 11.

error moral. Si el error se haya en la legislatura debe ser corregido mediante el documento que expresa la autorización, y si está en la Constitución entonces debe ser corregido por el pueblo. El pueblo mismo tiene el poder efectivo para resistir la usurpación sin que sea necesario recurrir a las armas; un rebelde, en este sentido, puede ser alguien que busca la absolución por parte de un juez[57]. El juez, en el ejercicio del poder de revisión, determinará una de las tres siguientes posibilidades: en primer lugar, si un individuo ha recibido o no un trato acorde con lo establecido por la ley; en segundo lugar, si una ley es constitucional ofreciendo razones acerca de su conformidad y mostrando en qué sentido es consistente con la Constitución y, por tanto, estableciendo que no puede ser ya atacada en el futuro; por último, declarar la inconstitucionalidad de la ley calificándola como injusta y contraria a los derechos fundamentales y al ejercicio de la delegación legislativa (*ultra vires*).

Cuando un juez a través del poder de revisión opta por alguna de estas posibilidades no solo provee las razones constitucionales para el fracaso legislativo en la persecución de la justicia, sino además, el criterio moral de validez y autenticidad de las leyes. Sobre todo, hace patente la limitación moral impuesta a los legisladores en virtud de la autorización o confianza moral que se les ha entregado al momento de su elección para ocupar alguna de las diversas instituciones políticas a las que se les otorga el poder para crear leyes**.** La posibilidad que se nos presenta es, en esencia, que no es una razón suficiente el que una conducta sea ordenada o prohibida por el Derecho para que reciba obediencia o se considere obligatoria. Ciertamente, se puede afirmar en virtud del propósito de la revisión judicial, que no hay obligación *prima facie* de obedecer una ley perniciosa o injusta cuando existen limitaciones a la autorización para crear leyes. Es esta limitación moral, impuesta a la autorización para crear leyes a través del poder de revisión, lo que permite acentuar y hacer públicas las razones provistas por el legislativo en la persecución de la justicia. Se puede afirmar contundentemente que la obligación de obedecer el Derecho es moral a la luz del significado de la doctrina de la revisión judicial.

Al margen de lo anterior, otra manera útil para examinar la dimensión moral de la obligación de obedecer el Derecho a través de la doctrina de la revisión judicial consiste en analizar el trasfondo teórico o el contexto histórico de un sistema político democrático en específico en donde la doctrina de la revisión judicial haya sido aceptada y defendida como un elemento del proceso de gobernabilidad y libertad democrática. La tradición norteame-

---

[57] Elliot Jonathan, *Debates on the Several State Conventions on the Adoption of the Federal Constitution*, 2ª ed., 5 v.v. (J.B. Lippincott, 1881), pp. 94, 433.

ricana provee una fuente abundante para un significativo análisis teórico acerca de las bases morales del control judicial de las leyes. Estas bases morales apoyan el argumento a favor de la idea de que el respeto al Derecho, unido al ideal americano de la libertad democrática, es moral y no jurídico. Tomando en cuenta el trasfondo teórico de la Constitución norteamericana, la exigencia de conformidad de las leyes impuesta a través de la figura de la revisión judicial está relacionada con los principios morales que apoyan las provisiones constitucionales. En este sentido, la esencia de la legitimidad constitucional de la revisión judicial está fundada sobre los principios morales articulados en el documento constitucional, y en consecuencia, la idea de conformidad que implica invalidar las leyes por razón de su inconstitucionalidad hace referencia también a criterios morales. Esto sustenta la idea de que la obligación de obediencia al Derecho, vista desde la perspectiva constitucional inherente a la esencia de la revisión judicial, es externa al Derecho, i.e., tiene relación con el contenido. Esto significa por tanto que la obligación de obedecer el Derecho es derivativa. ¿Cuáles son entonces las bases morales o criterios morales involucrados en este trasfondo teórico?

El trasfondo teórico, origen y fuentes de la Constitución norteamericana, se rastrean con anterioridad a su ratificación en el año 1787. "Sus fuentes" afirma Gordon Wood, "hacen referencia, al parecer, a la totalidad de su historia pasada. Ningún pensador o idea han sido tan remotos o tan obscuros como para estar implicados de un modo u otro en la creación de la Constitución"[58]. Los fundadores del Estado norteamericano estaban profundamente interesados en cuestiones de filosofía política y ese conjunto de ideas y principios conformaron la prevaleciente cultura política que domina el contenido y naturaleza de las disposiciones expresadas en la constitución. La cuestión que surge ahora es ¿cuáles son las características de esa cultura política y en qué sentido constituyen la idea de una base moral como elemento significativo no sólo de una comprensión cabal de esa Constitución, sino también de una adecuada descripción de la base moral de la obligación surgida de la misma? En opinión de Gordon Woods

> "La característica más sobresaliente de esa cultura política fue el republicanismo, un conjunto de ideas y valores tan profundamente arraigados que conforman los antecedentes del pensamiento americano. Este cuerpo de ideas no sólo determinó el sistema político de elección en el que creían los Fundadores, también determina sus fines morales y sociales[59].

[58] Gordon S. Word, "The Intellectual Origin of the American Constitution", *The National Forum. The Phi Kappa Phi Journal*, vol. Ixiv, No. 4, (1984), p. 5.

[59] Ibíd., p. 5.

El conjunto de valores cívicos y morales que conforman la base de los fines sociales y morales que esta cultura republicana se esfuerza por alcanzar tiene sus orígenes en la era de esplendor de la República Romana. Este periodo de la Ilustración romana, en donde pueden encontrarse escritores como Cicerón, Salustio, Tacio, Plutarco etc., legó "una colección de escritos que incorporan creencias y valores acerca del bienestar, la ciudadanía, la salud política y la moralidad social que han perdurado en la cultura occidental"[60]. Uno de esos efectos puede observarse en el período del Renacimiento, una fase que recalca la tradición de una concepción clásica de la moral política, esto es, una moralidad que reafirma el carácter virtuoso de los ciudadanos independientes como un prerrequisito para el buen gobierno[61].

Esta concepción clásica de la moralidad política influyó en la cultura del Norte de Europa[62]. Las pruebas de esto pueden hallarse en los escritos de filósofos ingleses y teóricos políticos como John Locke, John Trenchard, Thomas Gordon y en el *Contrato Social* de Jean Jacques Rousseau. El contenido predominante de estos escritos no sólo consiste en la idea del republicanismo; una gran parte de sus escritos está dedicada además a la teoría del gobierno equilibrado y a la doctrina de la separación de poderes[63]. Estos fueron escritos iniciales que se nutrieron de la doctrina del Derecho natural vigente en aquellos momentos de crisis política, de altibajos e inestabilidad. Las ideas de libertad personal y política, de las limitaciones constitucionales e institucionales en el uso de los poderes gubernamentales, del *rule of law* y no del *rule by law*, de la propiedad privada[64], y la idea de los derechos fundamentales o derechos naturales de todos los hombres –propia de la doctrina del Derecho natural de la época–, fueron los ideales de importancia moral y social que conformaron el antecedente teórico de la Constitución americana. Es durante este período en el que algunos estudiosos rastrean los "fundamentos de Derecho natural" de la Constitución americana[65]. Partiendo de ese antecedente, puede decirse que las bases para el apoyo o rechazo del pueblo hacia las leyes derivan de la presencia o ausencia de los valores morales inherentes a tales leyes. La filosofía constitucional de la época se centró en la idea de justicia y libertad para todos, principios que fueron recogidos de la tradición del Derecho natural. La realidad constitucional de la cual la doctrina de la revisión judicial es parte significa que las leyes deben

[60] Ibíd., p. 6.

[61] Ibíd., p. 6

[62] Ibíd., p.6

[63] Ibíd., p. 7.

[64] Ibíd., p. 8.

[65] Lon Fuller, op. cit., p. 99.

dictarse en conformidad con esos estándares y garantías que constituyen la base de esa filosofía constitucional.

A la luz de estas ideas, resulta que la obligación de obedecer el Derecho que surge de la doctrina de la revisión judicial es moral, o de manera exacta, que deriva del contenido del Derecho y, por tanto, es externa al mismo. A partir del conjunto de ideas que surgen en torno a la esencia de la práctica de la revisión judicial es claro que un individuo se encuentra bajo la obligación de obedecer el Derecho una vez que puede afirmarse que dicha ley ha sido dictada en conformidad con los estándares constitucionales, cuyo marco filosófico consiste en la idea de justicia, equidad y libertad para todos, principios que hayan su expresión en la doctrina del Derecho natural.

Una vez que se mostró la conexión entre la revisión judicial y la obligación de obedecer el Derecho ¿se sigue que una ley inválida no es Derecho? Esta objeción puede reformularse de la siguiente manera. En primer lugar, puede significar que una ley inválida no era una ley. Así mismo, es posible que la idea exprese que actos o leyes del legislativo sólo poseen, presumiblemente, una "sombra de Derecho" y no la "sustancia o figura del Derecho", a menos que hayan pasado por un examen popular o institucional, siendo la revisión judicial uno de estos criterios. Puede significar también que lo que la revisión judicial en verdad permite es cuestionar el procedimiento y no la sustancia de la promulgación, de tal manera que lo que es declarado inválido no es la ley sino el criterio formal procedimental a través del cual se crea. El razonamiento detrás de estas posturas es la idea según la cual "aquello que la ley ordena no puede ser ilegal porque lo que ésta dice y provee es en sí el Derecho y la forma más respetable de Derecho […] es el Derecho lo que prevalece sobre cualquier forma de Derecho y la Corte no es nadie para sostener que una promulgación del parlamento, la ley más respetable, es ilegal"[66].

Éstas son objeciones comprensibles respecto al significado de la revisión judicial y la obligación de obedecer el Derecho. Sin embargo, mi discrepancia radica en el hecho de que estos argumentos interpretan las cosas de un modo incorrecto. En primer lugar, puede no ser cierto que lo que fue declarado inválido no constituía Derecho. Si no lo fuera, entonces surge la pregunta acerca de cómo fue presentada ante la Corte como ley, o cómo fue que se interpretó como generadora de obligaciones. Cuando los jueces la declaran como inválida es evidente que ya era cumplida o que existía un rechazo en cuanto a su cumplimiento debido a que ya era ley, y es esto lo que nos confirma la razón por la cual fue llevada a juicio. Frecuentemente, el argumento es que lo que es Derecho y lo que se ha sujetado a un criterio

[66] J. Ungoed-Thomas, en *Cheney v. Conn*, (1968) ALL. ER. 779, 782.

procedimental, no puede ser declarado como no Derecho. Pero esto dista de ser cierto, hay ciertas leyes que han sido sujetas a un procedimiento formal y aún así, dejan de ser leyes si son invalidadas por un alto tribunal por determinadas razones. Por ejemplo, en un Estado federal, cuando el gobierno central y un Estado federado crean simultáneamente una ley ejercitando sus propias competencias aunque con contenidos en conflicto. En este caso, la ley sancionada por la primera autoridad prevalece sobre la creada por la segunda, y la ley sancionada por la última deja de ser ley. En tales casos, una ley válida deja paso a la otra. Una deja de ser ley con el tono que lo determina siempre expresado como "en la medida de la inconsistencia declarada nula". El hecho de que los jueces interpreten las leyes, las revisen y perfilen sus contenidos, no significa que no fueran "leyes" antes de su interpretación y revisión. La arcilla es arcilla antes, durante y después de que ha sido moldeada[67]. Es posible que los jueces declaren un acto nulo *ab initio*, lo que significa que no había Derecho desde un principio, aunque también es posible declararlos inválidos o como no Derecho en aquel momento de la revisión. A la luz de lo anterior por tanto, sigue siendo inteligible y nada ha sido interpretado erróneamente cuando se dice que la revisión judicial sí declara una ley como inválida y, que en este sentido, deja de ser vinculante para los individuos o deja de generar obligaciones.

De lo anterior surge la segunda objeción aparente, i.e., que las leyes sólo son la "sombra" y no la sustancia del Derecho. Si sólo son sombra, no hubieran sido presentadas como Derecho, pero el hecho es que han sido presentadas y obedecidas como leyes que regulan la vida de las personas. Sin embargo, la tercera objeción aparenta mayor solidez, es decir, que no se trata de declarar una ley como inválida sino únicamente el criterio procedimental. En otras palabras, "que la revisión judicial tiene que ver no con la decisión sino con el proceso creador de la decisión[68]. A esto puede replicarse que si la revisión judicial es aplicable al proceso creador de leyes también es aplicable por extensión a la decisión misma, ya que los fallos en el proceso de creación se reflejan también en la decisión o sustancia de la ley promulgada. Como tal, la revisión judicial no tiene que ver solamente con el proceso creador sino también con el contenido del Derecho. La promulgación de una ley mala o injusta puede declararse inválida y por tanto como no Derecho una vez que dicha promulgación es contraria a las limitaciones constitucionales. La cuestión pertinente no es por qué tal ley debió haber sido aceptada, sino que la revisión judicial, a partir de su justificación constitucional, puede

[67] Dias, op. cit., p. 452.

[68] Lord Brightman, en *Chief Constable of North Wales Police v. Evans,* (1982) 3 ALL ER 141, 154, (1982) 1 WLR 115, 1173.

declarar tales leyes inválidas, es decir, como no Derecho en la medida de su inconsistencia e inconformidad.

Examinada en su conjunto, la esencia de la doctrina de la revisión judicial tiene su origen en un fundamento de Derecho natural inherente a la Constitución americana. Esto se puede afirmar a partir de sus antecedentes teóricos y de las ideas filosóficas y políticas, esto es, de los fines morales y sociales y los valores de gobierno limitado y gobierno equilibrado etc., sobre los que está fundada. De esto se sigue que la revisión judicial, a la luz de las provisiones constitucionales así como de las ideas de la doctrina del Derecho natural, determina el criterio por el cual identificamos, explicamos y evaluamos el Derecho positivo[69] que opera dentro del marco del espíritu democrático. Por tanto, una reconstrucción adecuada de la obediencia al Derecho positivo dentro del marco democrático deberá hallarse recurriendo al criterio o base por el cual dichas leyes son identificadas, explicadas y evaluadas en su conjunto. Una vez que se entiende que ésta es la imagen correcta de la revisión judicial y de su esencia, se pone claramente de manifiesto que la revisión judicial, como medio que provee de dicho criterio evaluativo, no solamente implica que la obediencia al Derecho es de naturaleza moral y no jurídica, sino que además, es de suma importancia para mostrarnos el problema teórico de la obediencia al Derecho.

(Trad. de Leopoldo Gama)

[69] Véase Olufemi Taiwo, op. cit., p. 39.

VADE RETRO, FORTUNA

O de la expulsión de "Satanás" –el Azar– del mundo de las Ciencias Sociales (con especial énfasis en la "ciencia" jurídica)

Minor E. Salas
Universidad de Costa Rica

RESUMEN. Este trabajo analiza críticamente cómo y por qué la noción de *azar* (i.e. incertidumbre) ha sido desechada del ámbito de algunas ciencias sociales, especialmente, del Derecho. Detrás de esta "expulsión" subyace, finalmente, la idea –de muy vieja estirpe– de que la realidad social es estable, ordenada y sujeta a previsiones exactas. En el ámbito metodológico y de la epistemología se cree, incluso, que la "cientificidad" de una disciplina, como el Derecho, reposa en hacer de lo irracional algo racional, de lo inestable y azaroso algo sereno y ordenado. Se sucumbe con ello ante una *fantasía mecanicista*, es decir, ante el *prejuicio racionalista* de un *homo mechanicus,* o sea, de una conciencia ilustrada y lúcida. Con el establecimiento de esta preconcepción sobre las ciencias y sobre la realidad psíquica de los seres humanos se ignoran palmariamente las motivaciones reales de los agentes sociales. El ensayo expone, en resumen, **dos** formas distintas de ver las ciencias sociales: un enfoque mecanicista (ingenuo) y un enfoque más dinámico (realista) del entorno social.

ABSTRACT. This paper analyzes, in a critical way, how and why the notion of chance (i.e. uncertainty) has been ruled out in the scope of some social sciences, especially in that of law. Essentially, the idea underlying this "dismissal" is an –age-old– idea that social reality is stable, ordered and subject to exact predictions. In the methodological and epistemological scopes, it is even believed that the "scientific nature" of a discipline such as law lies in making the irrational, rational, and in making the unstable and random, serene and ordered. Thus, one succumbs to a mechanistic fantasy, that is to say, to the rationalist prejudice of a homo mechanicus, in other words, to a lucid and learned consciousness. By establishing this preconception of the sciences and of the psychic reality of human beings, the real motivations of social agents are clearly ignored. In short, this work presents two different ways of seeing the social sciences: a mechanistic (naïve) approach and a more dynamic (realistic) approach to the social environment.

DOXA, Cuadernos de Filosofía del Derecho, 27 (2004) ISSN: 0214-8676 pp. 377-391

La arbitrariedad es, precisamente, la diosa de la historia.
F.W.J. Schelling

El individuo, descontento del mundo que le rodea, busca consuelo en otro imaginado que coloca en el pasado o en el futuro, cuyos efectos terapéuticos están garantizados, dado que el hombre, con tal de huir de la mediocridad o la insatisfacción, tiende a creerse sus propias mentiras y a entorpecerse en una vida imaginaria.

A. Nieto

El ánimo de domesticar lo irracional, la voluntad de conjurar lo impredecible, el exorcismo del azar y la fortuna, han sido, sin duda, constantes en la historia del pensamiento humano. Qué fuerzas ocultas y qué miedos suprimidos son los que motivan a que los individuos huyan de la incertidumbre de la vida y del caos del mundo, es algo que no es posible desentrañar fácilmente y que será mejor dejar a la especulación psicoanalítica. Lo cierto del caso es que, probablemente, desde que el ser humano tiene conciencia de sí mismo y se organiza social y jurídicamente, no ha hecho sino buscar formas (explícitas o simbólicas) de exorcizar los gérmenes de irracionalidad y de aleatoriedad de los que, de una u otra forma, se compone inevitablemente su existencia. Así nacieron la Religión, el Derecho, la Moral y otras ciencias normativas en general.

La idea de que la acción humana está (o debería estar) sujeta a criterios de racionalidad, previsibilidad y certidumbre es una idea que, como casi todas, es muy antigua en su génesis. Así, por ejemplo, Anaxágoras expresó, por primera vez, en sus fragmentos que: *"Al principio era el caos, luego vino la inteligencia y lo ordenó todo."*[1] Hesiodo, al parecer, establecía que, encontrándose el universo en una anarquía originaria, fue esta vencida por el Eros, naciendo de allí la vida misma. En la antigüedad clásica son, sin embargo, los trabajos de los atomistas (Demócrito, Leucipo, Epicuro y Lucrecio) quienes, al postular el carácter material de la vida, anteceden una concepción ordenada y previsible de los acontecimientos históricos. Así se expresa claramente en un aforismo que se le atribuye a Leucipo, según el cual:*"nada sucede fortuitamente, sino que todo tiene su razón y su necesidad."*[2] Esta situación ha dado pie a que el filósofo francés Clement Rosset, uno de los grandes teóricos del azar, inicie uno de sus estudios más importantes con las siguientes palabras: "*La historia de la filosofía occiden-*

[1] Véase: Über die Natur, Die Fragmente der Vorsokratiker. Griechisch und Deutsch von Hermann Diels. Vierte Auflage, 1. und 2. Band, Berlin, Weidmannsche Buchhandlung, 1922.

[2] Citado por Lange, A. [1946]. Historia del Materialismo, Editorial Lautaro, Argentina, página 19.

tal se abre con un acta de duelo: la desaparición de las nociones de azar, desorden y caos."[3]

Ahora bien, el enfoque planteado por los materialistas antiguos se suele subsumir bajo lo que Rudolf Eisler, en su "Diccionario de conceptos filosóficos", denomina el "*materialismo cosmológico*". En contraposición a este tipo de materialismo está el "*materialismo psicológico*", el cual encontró su apogeo, no en la antigüedad ni en la edad media, sino en la Francia del siglo XVIII. Es, precisamente, durante este periodo que la concepción materialista desplaza su centro de atención del mundo al hombre y más específicamente a la *psiquis humana*. Nace, así, un estrecho vínculo entre la corriente materialista y el *mecanicismo*. El ser humano se convierte en máquina. La línea histórica –muy general y abstracta por supuesto– que sigue la creación del hombre máquina en la ciencia social moderna va desde Descartes, quien en su "Tratado de la luz" y en "El tratado del hombre" postula, ordo geometricus si se quiere, toda su concepción de lo que él llamará los "autómatas" vivientes. Esta concepción está también presente, aunque de forma menos directa en Leibniz, quien en el parágrafo 52 de su Teodicea es más que claro al afirmar que: *"El alma humana es un autómata"*.

Esta idea del hombre mecánico o autómata pasa por pensadores tan diversos como Pierre Gassendi, Pierre Bayle, Tomás Hobbes, alcanzando su punto máximo de expresión en la ilustración francesa, particularmente en un grupo que podríamos calificar de "neo-materialistas": D'Allembert, Diderot, Paul Holbach, Etienne de Condillac y en especial, Julien Offray de la Mettrie, con su libro titulado precisamente: "El hombre máquina", publicado en 1748, donde postula que la psiquis o la conciencia humana está determinada mecánicamente por factores estrictamente materiales: alimentación, circulación, ambiente, drogas, etc.

Las ideas defendidas por estos autores constituyen el *fermento* espiritual básico sobre el cual se va a montar el materialismo del siglo XIX. La idea del *homo mechanicus* que ha sido dibujada en los siglos anteriores, será la primera fuente sobre la que los autores decimonónicos como Saint-Simon, Comte, Bentham, Darwin, Spencer, Marx y Freud, construirán una nueva imagen del mundo. El perfil que surgirá del ser humano a partir de estos autores dará pie al nacimiento de las llamadas *"ciencias sociales"* y, lo que es más importante, a partir del "homo mechanicus" como modelo nacerán, por su parte: el "homo oeconomicus", el "homo psicologicus", el "homo fa-

[3] Rosset, C. [1976]. *Lógica de lo peor*, Barral Editores, Barcelona, página 9.

ber" y otros mucho modelos más, que han influido enormemente en nuestra forma de hacer *teoría social*.[4]

En lo que resta de este corto trabajo *no* nos interesa la especulación filosófico-histórica en torno al problema ontológico del caos ni del azar originarios. Nos importa otra cosa distinta, a saber: cómo incide esa idea sobre la percepción que tienen las ciencias sociales de sí mismas y de su papel en el análisis de la sociedad. Se trata este, pues, de un ensayo de filosofía social y jurídica y no de mitología. Es decir, vemos en las categorías de caos, de azar y, eventualmente, de fortuna[5], la manifestación latente de construcciones metafóricas (*simbólicas*) que anuncian significados profundos en la interpretación de la teoría social y política y de la organización histórica de las comunidades humanas.

El problema central que se plantea en este estudio es concretamente: ¿Qué significado tienen las nociones antedichas (azar, incertidumbre, fortuna, imprevisibilidad o caos)[6] para el científico social? ¿De qué manera influyen ellas en el estudio de la sociedad? La hipótesis del ensayo es que estas categorías juegan, en el plano metodológico, un papel fundamentalmente negativo. Es decir, las mismas constituyen un anti-horizonte, una contra-meta, de la cual el científico social busca apartarse a toda costa, pues de lo contrario se caería en la "arbitrariedad" y la "irracionalidad" del análisis. Independientemente de si la sociedad está conformada por elementos que escapan al control, a la previsibilidad, a la racionalidad tecnológica, lo

---

[4] Algunos *ejemplos* concretos en que se puede rastrear la ideología del *homo mechanicus* en la teoría social y jurídica moderna son: la idea de una "voluntad general" en la formación de las leyes, es decir, la noción de la "voluntad del legislador", el empleo de "modelos micro o macro-económicos" (liberalismo, neoliberalismo) en la organización de la economía, el ideal de la "seguridad jurídica", el postulado de la "racionalidad y objetividad" del juez, la teoría de la prevención general, la noción, muy propia de los sociólogos, de que hay ciertos "modelos de sociedad" (comunitaria, socialista, de mercado) que son posibles de implementar en la práctica con resultados más menos previsibles, y, me atrevo a afirmar incluso, que detrás de la actual parafernalia sobre la "globalización" y el "neoliberalismo" hay muchísimo del citado "prejuicio racionalista" (homo mechanicus).

[5] El presente trabajo se enmarca dentro de un seminario doctoral (del Posgrado en Filosofía y del Posgrado en Sociedad y Cultura de la Universidad de Costa Rica) que fue impartido en el mes de mayo del 2004 por el Prof. Dr. José M. González García. El título de ese seminario era: *"Metamorfosis de la Diosa Fortuna. Evolución de una metáfora en el pensamiento político."* De allí que algunas observaciones que se hacen en el texto apuntan, precisamente, a lo discutido en el seminario. Para un excelente estudio sobre el tema de la fortuna, ver el trabajo de González García, J. M. [1998]. *Metáforas del Poder*, Alianza Editorial, España.

[6] En lo sucesivo, y quizás incurriendo en una imprecisión analítica gruesa, vamos a utilizar estas nociones más o menos como sinónimas. Es evidente que entre ellas hay diferencias de matiz y connotación importantes. Sin embargo, para los efectos aquí perseguidos podemos prescindir de tales diferencias. Para una discusión detallada al respecto, véase la obra de Rosset ya citada, a partir de la página 87.

cierto del caso es que el teórico social (en especial el jurista), por lo general, huye de estos elementos, calificándolos como excepcionales o indignos de ser tratados científicamente.

Con el rechazo de la irracionalidad latente del mundo social y del mundo de la vida (Lebenswelt); es decir, con la paulatina e histórica suspensión de la "fortuna" de las empresas humanas, la concepción que tenían los científicos sociales de la sociedad se transformó radicalmente. Este es el surgimiento, en los siglos XV y XVI, de la concepción baconiana del saber social, que posteriormente alcanzaría su clímax epistemológico en los trabajos de Augusto Comte y su física social positiva (voir pour prévoir). Se trata, en última instancia y como ya dijimos, de la instauración o fundación, en la teoría social, de los métodos inductivos de conocimiento, de la observación empírica de los fenómenos, de la cuantificación de las variables, es decir, del dominio de la incertidumbre y la derrota definitiva de la "diosa fortuna", que en los siglos XVI y XVII jugó un papel extraordinariamente importante.[7]

Es por intermedio de la influencia de este enfoque comtiano, es decir, de la concepción positivista en sus más diversas manifestaciones teoréticas, que la "sociedad" se hipostasia, convirtiéndose en un "todo" (mecánico) susceptible de interpretaciones generalizadoras que trascienden, supuestamente, la arbitrariedad y la contingencia particular de sus elementos constitutivos. En todo caso, y para este enfoque, si el análisis no es posible respecto a la "totalidad" social, sí lo es respecto a los elementos particulares que componen esa totalidad. De esta forma, se pasa del holismo sociológico (Luhmann, Parsons, Habermas, Giddens) al individualismo metodológico (Homans, Opp), pero sin superar la idea de que, en última instancia, la sociedad, como un todo o sus elementos, son comprensibles y descifrables a la luz de criterios estrictamente racionales de decisión y análisis.[8]

El papel del verdadero científico reposa, según la concepción dominante en este nivel, en superar esa contingencia de lo social y captar los elementos necesarios del accionar humano. Ya no se trata de describir lo que *realmente* sucede en el entorno social, ni de referir desapasionadamente las conductas de los agentes, sino más bien de reconstruir ese entorno y esas conductas sobre raseros escogidos *apriorísticamente* por el investigador. *No es, pues, la realidad social la que aquí determina la teoría, sino la teoría la que determina la realidad social.* Es así como el mundo se invierte. Al igual

---

[7] Véase el estudio ya citado de González García, J. M. [1998]. *Metáforas del Poder*, Alianza Editorial, España.

[8] Una buena presentación del "holismo sociológico" se encuentra en: Werner, G. [1993]. *Gesellschaftstheorie und Recht. Das Recht im soziologischen Diskurs der Moderne*, Suhrkamp, Frankfurt am Main.

que en la cámara oscura de la que nos hablaba Carlos Marx, la realidad se convierte en un remedo de lo que el investigador cree, de sus ideologías, de sus preconcepciones y, finalmente, de sus fantasías. El constructivismo ontológico domeña, al final de la partida, al realismo social. La ciencia se convierte en ciencia-ficción.

Concluyamos, pues, que prácticamente nunca en la historia de las ideas se ha encontrado una posición filosófica o un autor que afirme, en todos sus extremos y hasta el final, la preeminencia del azar sobre la determinación, de la inseguridad sobre la certidumbre, del desorden sobre la certeza. Pareciera como si, "ontogenéticamente", para hablar con la Etnometodología, el ser humano fuera prisionero de la idea de seguridad y de previsión en sus acciones. Estamos condenados, entonces, no a ser libres (al decir de Sartre), sino a ser esclavos de nuestra propia ficción de orden y de certidumbre. Finalmente, y de la mano de William Blake, se puede sostener:

> "Menos que todo no puede satisfacer al hombre".

Para explorar con mayor detalle esta hipótesis, nos gustaría referirnos, a título puramente ilustrativo, a **tres** distintos campos del accionar humano: a la Psicología, a la Sociología y al Derecho, como expresiones típicas de las ciencias sociales donde se cultiva el ensueño del orden en el ámbito de las cuestiones humanas o normativas.

I. En el campo de la *Psicología*, se ha determinado que una persona que elimine de su vida todos los referentes existenciales, todas las "muletas" que le dan apoyo, todas las "máscaras de Dios" (cosa que es prácticamente imposible), cae, con frecuencia, en estados depresivos, en la enfermedad, o incurre, finalmente, en el suicidio.[9] *¡Es fácil ser siempre lógico, pero es imposible ser lógico hasta el final!* (Camus). Hay un punto en que el espíritu se quiebra y en el que la razón cede; este punto es, precisamente, el advenimiento de la desorientación y el desarraigo. La presencia inequívoca del absurdo.

Es así como las experiencias en los campos de concentración (para poner un ejemplo límite) demuestran que las personas se aferran, con una furia casi patológica, a los más insignificantes elementos de la cotidianidad que otorguen un *sentido vital* a su existencia. Levantarse, caminar, contar los ladrillos de una pared, mover una roca de un lugar a otro, o, trágicamente, contar los pasos hasta el crematorio, constituyen en estos estados de pro-

[9] Véase al respecto el testimonio de Víctor Frankl [1985] en: *Man's Search for Meaning*, Washington Square Press, New York, especialmente la primera parte: "Experiences in Concentration Camp", pp.19 y ss.

fundo desarraigo e incertidumbre, la única forma de mantener el equilibrio psicológico.

La búsqueda de referentes, de mitos y metáforas en nuestra vida cotidiana que derroten al caos y a la incertidumbre son, pues, componentes *psicológicos* inextinguibles de la cultura. La debilidad humana, nos dice Jacques Maritain en este contexto, trata de dormir plácidamente, tomando por almohadas las verdades eternas, es decir, los referentes absolutos.[10] De lo contrario, el individuo social, más que el "pastor del ser", para hablar con Heidegger, se siente y se percibe a sí mismo como el "pastor de la nada". Es la criatura caída, la corrupción en marcha, la contingencia hecha persona, la que clama por la redención final de su espíritu agobiado. Y esta redención la ve él en la certidumbre de su existencia y de su mundo de vida.

Es en este contexto que Viktor Frankl, uno de los psicólogos más representativos de la segunda mitad del siglo XX, ha diagnosticado que el principal mal que aqueja a la sociedad moderna es la carencia de sentido y la ausencia de certidumbre en su vida.[11] El descubrimiento de la "nada" en el existencialismo, no es el descubrimiento de una categoría ontológica más allá de lo humano, sino la constatación de la ausencia, del vacío, de la oquedad y la soledad que genera la pérdida de rumbos, la carencia de horizontes, la representación inmediata de la lejanía, en una palabra, la lucha contra el azar ineluctable de las relaciones humanas y su desarrollo prospectivo.

No sin razón en la obra de Federico Nietzsche, la "muerte de Dios" –como una metáfora de la cultura moderna– está estrechamente vinculada a la noción de azar en la historia. "Y mis ojos huyen desde el ahora hacia el pasado, encontrando siempre lo mismo: fragmentos, miembros y espantosos azares, pero no seres humanos."[12] Finalmente, qué puede ser más desconsolador para el creyente que el quebranto de los absolutos, es decir, que la "muerte de Dios".

Para compensar la ausencia de horizontes ciertos y seguros, las personas acuden al auxilio de los más diversos mecanismos psicológicos de defensa. De todo ello nos ha hablado con propiedad, y desde antaño, la Psicología clínica. Se recurre a la terapia (a la "logoterapia" al decir de Frankl), al psicoanálisis, al totemismo, al consejo espiritual del beato, a la expiación

---

[10] Maritain, J. [1966]. *Humanismo Integral. Problemas temporales y espirituales de una nueva cristiandad*, ediciones Carlos Lohlé, Buenos Aires, México, p. 51.

[11] Véase la obra de Frankl citada en la nota al pie 4, lo cual no deja de ser, por supuesto, un juicio de valor.

[12] Nietzsche, F., sin año de edición. *Also sprach Zarathustra*, segunda parte, de la Redención: "Und flüchtet mein Auge vom Jetzt zum Ehemals: es findet immer das Gleiche: Bruchstücke und Gliedmassen und grause Zufälle – aber keine Menschen!", en: Werke in zwei Bänden, Carl Hanser Verlag, Berlín, p. 641.

del pecado y al espiritualismo del altar. Si ninguno de estos mecanismos *simbólicos* funciona, y la incertidumbre continúa en su acecho devastador, entonces será necesario recurrir al sexo, a los anestésicos, a los éteres del placer y del olvido. Si aún así, y después de demandar los servicios de estas estrategias de compensación mundana, el sentimiento de pérdida persiste, entonces habrá que acudir a maniobras más disuasivas desde el punto de vista psicológico: al auto-engaño (o "mala fe", como dice Sartre), al cinismo (como dice Sloterdijk) o a la locura.

Pareciera, entonces, que en el campo de la Psicología, la noción de azar es equivalente a la noción de pérdida, de caída y de hundimiento en la psicosis individual o colectiva. No es posible, al decir de los psicoanalistas, que el ser humano viva "sin muletas". Será siempre necesario aquello que Freud, con su extraordinaria lucidez y realismo, denominaba la "*omnipotencia de las ideas*" (Allmacht der Gedanken), fortalecida a través de la magia, del tabú y hasta del fraude personal. "En la concepción científica del mundo ya no hay espacio para la omnipotencia del ser humano. Éste ha comprendido, finalmente, su infinita pequeñez y se ha resignado a la muerte, así como a los otros fenómenos necesarios de la existencia. Pero anejo a la confianza en el poder del espíritu humano (que se ampara en las leyes de la realidad) sobrevive aún un trozo de creencia primitiva en la omnipotencia de las ideas."[13]

Resumamos, entonces, la posición del engaño psicológico (necesario para la sobrevivencia de la cultura) con un bellísimo verso de Schiller:

> "Es freue sich, wer da atmet im rosigen Licht"
> "Regocijase, pues, quien respira en luz rosa"

II. Ahora bien, ¿cómo es la situación en el mundo de la *Sociología*? ¿Impera acaso aquí también el miedo a la incertidumbre y al azar? A juzgar por la forma en que se ha entendido la sociedad durante siglos es posible concluir afirmativamente esta interrogante. Desde el contractualismo ilustrado de los siglos XV y XVI, pasando por las concepciones mecanicistas del siglo XVIII en Francia, hasta llegar a la idea de la sociedad como un "organismo viviente" (Spencer), como un "sistema autopoietico" (Luhmann), como una "totalidad discursiva" (Habermas) o como una "estructuración" (el Baron Giddens) se ha tratado de suprimir de la comunidad humana y de su exégesis teorética las nociones de azar, de caos y de imprevisión.

No en vano uno de los mayores teóricos de la sociedad del siglo XX, Max Weber, ha visto en la cultura occidental un proceso creciente de do-

[13] Freud, S. [1974]. *Kulturtheoretische Schriften*, S. Fischer Verlag, Frankfurt am Main, p. 376.

mesticación de lo imprevisible y aleatorio. Certeramente nos dice, a este respecto, González García: "En cierta medida, podríamos concebir el proceso de racionalización occidental como un intento constante de dominar el azar y la suerte mediante la aplicación de procedimientos racionales en todas las esferas de la vida individual o colectiva. Pero siempre queda un resto de azar que no puede ser sometido a la razón, además del hecho analizado por Max Weber de las paradojas de la racionalidad occidental: cada nueva vuelta de tuerca del proceso de racionalización produce nuevas formas de irracionalidad."[14]

El científico social se suele presentar, frente al hecho incontestable de la arbitrariedad de su entorno, como un "*profeta*" (quien trata de prever los azares del destino) o como un "*médico brujo*" (quien quiere curar los males que de ese azar se desprendan). De allí que, al decir de Stanislav Andreski: "la posición de los 'expertos' (en la investigación del comportamiento humano) se asemeja, en una gran medida, a la de un hechicero que hace crecer las plantaciones o que, por medio de los conjuros mágicos, genera la lluvia. Debido a que los hechos, con los cuales este 'experto' tiene que ver, son rara vez verificables, entonces los clientes pueden exigirle que se les diga exactamente lo que quieren escuchar; pero también podrán castigar al profeta poco cooperativo que insiste en decirles lo que ellos no quieren saber, tal y como, antiguamente, los reyes castigaban al médico que era incapaz de curarlos."[15] De allí que, para continuar con Andreski:

> "...aunque los encantamientos han perdido su eficacia como instrumento para el control de la naturaleza, continúan siendo, cuando se trata de manipular las masas, mucho más útiles que los argumentos lógicos, de modo que en el gobierno de las empresas humanas la brujería es, hoy como ayer, mucho más fuerte que la ciencia."[16]

Pocos autores se han referido a este tema de forma tan despiadada y abierta como E. P. Haba, en sus trabajos sobre la "*concepción misionera de las ciencias sociales*". Al respecto nos dice lo siguiente: "Las concepciones prometeicas, *poiéticas*, en las ciencias de lo humano pasan por alto nada menos que el dato más elemental, y fundamental, de su materia de estudio: las características *empíricas* del 'referente' (putativo) de sus discursos teoréticos, saber cómo reaccionan los seres humanos reales. Tratándose de estos mismos, no estamos, quiérase o no, ante unos 'constructos' racionales

---

[14] Programa del seminario: *"Metamorfosis de la Diosa Fortuna. Evolución de una metáfora en el pensamiento político*", mencionado en la nota 2 de este documento.

[15] Andreski, S. [1972]. *Die Hexenmeister der Sozialwissenschaften. Missbrauch, Mode und Manipulation einer Wissenschaft*, List Verlag, München, pp. 21-22, trad. de MES.

[16] Andreski, S. [1972]. *Idem*, p. 95, trad. de MES.

elaborados *a piacere* en el escritorio de autores ingeniosos. Entonces ya no sirven unos pedantismos reconfortantes, por más vendibles que esos enfoques galácticos sean en las librerías a los consumidores de tal tipo de literatura académica. En la PRÁCTICA social, tienen eficacia solamente los impulsos psicológicos *reales* que constituyen los móviles de las actuaciones *reales* de los hombres *reales* en circunstancias sociales *reales*."[17]

Más allá, pues, de las explicaciones racionalizadoras en torno a los grupos humanos, lo cierto del caso es que, desde nuestro punto de vista, la manera más realista de comprender la sociedad es comparándola con un *asilo de enfermos mentales*.[18] Esta analogía, por grosera que parezca a cierta sensibilidad, da cuenta certera de **dos** aspectos importantes en la teoría social: por un lado, refleja el carácter abiertamente irracional que suele identificar los procesos sociales generales; pero, por otro lado, nos libera de muchas supersticiones y auto-engaños sobre la estructura (supuestamente reflexiva y previsible) de la acción humana.

En un asilo, las ideas y los actos de los internos no son valorados de acuerdo con su racionalidad o irracionalidad, coherencia o incoherencia, cientificidad o absurdidad, sino de conformidad con un rasero mucho más valioso desde el punto de vista comprensivo, a saber: *desde su dimensión esencialmente simbólica*. Haría mal el médico que juzgase como "anticientífica" la conducta del enfermo mental quien se cree Napoleón o de aquel que se desgarra las vestiduras por haber sido poseído por el espíritu de Belcebú. Lo que debe hacer es comprender estas conductas en sus propios términos, es decir, más allá de su sentido a la luz de criterios endógenos. Toda acción en el asilo se muestra relevante, no por su forma externa aparentemente absurda o descabellada, sino por el *contenido de significación* (Sinngehalt) para el enfermo mismo.

Lo que se valora, finalmente, es que quien se encuentre en el centro hospitalario no se lesione a sí mismo o lastime a los demás. Cualquier otro "sentido" trascendente de la conducta es absolutamente trivial desde el punto de vista de subsistencia. Es así como una concepción semejante de la comunidad humana resulta mucho más humanitaria que las teorías "científicas" que visualizan dicha comunidad como un "todo", pletórico de principios coherentes y lógicos, que hay que *imponer* a costa de cualquier precio. Con las palabras de Arnold se puede sostener que esta concepción

---

[17] Haba, E.P. [1995]. *Imposibilidades para las ciencias de lo humano. Una ideología profesional: la concepción "misionera" de las ciencias sociales*, Revista de Ciencias Sociales 70, Universidad de Costa Rica, San José, pp. 73-74. Este es, probablemente, el trabajo más "fulminante" que conozco sobre el tema.

[18] La analogía la realiza Thurman Arnold [1962] en su extraordinario libro: *The Symbols of Government*, A Harbinger Book, New York y Burlingame, capítulo X, páginas 232 y ss.

"*nos libera de la idea de que son ciertos hombres sabios los que elaboran principios y esquemas de gobierno para que sus conciudadanos estúpidos aprendan de ellos y los sigan, de tal manera que se logren las transformaciones sociales necesarias.*"[19]

Hay que entender que los valores de verdad, de coherencia, de racionalidad, son tan solo algunos de los que mueven la acción. En realidad, la mayoría de las conductas son generadas por móviles de carácter esencialmente *mitológico* que, en una gran medida, están allende o incluso contra estos valores. Reducir el análisis social a la esfera racional y previsible, dejando por fuera aspectos como el azar y la incertidumbre, es cercenar la dimensión más interesante de la sociedad. De lo que se trata, al decir de Nietzsche, es de fomentar el "*arte de la desconfianza*", de ir más allá de las fachadas bonitas, de captar esa imagen que, según Peter Berger, es la "*perspectiva irrespetuosa*" de la sociedad,[20] teniendo presente, tal y como magistralmente lo expone Leszek Kolakowski, que:

> "La organización mítica del mundo (esto es, las reglas que garantizan la comprensión llena de sentido de las realidades empíricas) está permanentemente presente en la cultura."[21]

III. Llegamos, por fin, al campo del *Derecho*, el cual es de nuestro particular interés en este ensayo. ¿Cómo opera aquí la noción de azar, de contingencia y de incertidumbre? Ya hemos visto que, tanto en la Psicología como en la Sociología, existe un claro rechazo a la idea de que la vida y las conductas humanas están, en un alto grado, sujetas a la imprevisibilidad y al azar. En el mundo del Derecho sucede algo idéntico. Tampoco aquí se acepta lo que es a todas luces innegable. Tampoco aquí se reconoce el poder de la contingencia sobre la necesidad, del desconcierto sobre el orden, de la arbitrariedad sobre la razón y la certidumbre. Un sistema jurídico que aceptase, sin reserva alguna, el carácter imprevisible e incontrolable de la acción humana, dejaría de ser un sistema jurídico y se transformaría, ante la opinión de los ciudadanos, en un remedo de ordenamiento jurídico o en una "banda de ladrones", al decir de la famosa expresión agustiniana.

¿Qué motivos subyacen detrás de esta opinión? ¿Qué impulsos son los que alientan al jurista, parejo al psicólogo y al sociólogo, a expulsar de su reino la noción de caos e incertidumbre? Nuestra respuesta a esta interrogante es simple: Una comunidad jurídica no podría subsistir sin una idea

---

[19] Arnold, Th. [1962]. *Idem*., p. 236.

[20] Berger, P. [1963]. *Invitation to Sociology. A Humanistic Perspective*, Anchor Books, p.43.

[21] Kolakowski, L. [1972]. *La presencia del Mito*, Cátedra, Madrid, pp. 14-15.

de orden, de racionalidad y de certidumbre subyacente (¡aunque todo ello sea una mentira!). Los actos humanos deben parecer previsibles aunque no lo sean, cuerdos aunque sean insanos, ordenados aunque no haya ninguna lógica que los motive, racionales aunque estén sujetos al capricho y al antojo de las circunstancias.

Ninguna otra disciplina en la historia del pensamiento ha sabido cultivar y guardar con más recelo la idea de control sobre el destino humano. Durante centurias, el pensamiento jurídico ha tratado de desarrollar los mecanismos idóneos para sujetar las acciones humanas a baremos de certidumbre y racionalidad. *"El Derecho es pues, y para citar a Cohen, una criatura nacida de la uniformidad*." En realidad, la totalidad del ordenamiento jurídico (ya la palabra es altamente representativa) no es más que una especie de proto-paradigma de la aspiración básica de todo jurista: domesticar las fuerzas incontrolables de su entorno social, domeñar a esa criatura cuya alma es "mitad bestia y mitad ángel". Este es, quiérase o no, el "*Mito Básico del Derecho*", que consiste en la idea de que el ordenamiento jurídico es estable y seguro.

El intento de racionalización de lo jurídico se da, por supuesto, no solo en el ámbito estrictamente dogmático, es decir, a lo interno de la denominada "ciencia jurídica", sino también a lo externo de ella. La búsqueda perenne de criterios racionales de decisión jurídica opera, por lo tanto, no solo como una ideología profesional del jurista, sino como una ideología general del conglomerado humano. De allí que, incluso si los estudiosos del Derecho reconocieran abiertamente y sin tapujos, que este está supeditado, en un alto porcentaje, a criterios emocionales y no racionales, subjetivos y no objetivos, aún así, los destinatarios de las normas jurídicas (sus usuarios) clamarían por "racionalidad" y "objetividad".

Un jurista que le declarara abiertamente a su cliente que el Derecho no es "justo", "racional", "objetivo", "sistemático" y "previsible" se expondría, de inmediato, a ser reemplazado por otro abogado que **sí** cumpla con esas promesas, al igual que el "médico brujo" cumplía con las exigencias del jefe de su tribu. Y si aún después de perdido el pleito, el abogado le insiste a su cliente que la ley no es siempre clara y que hay grandes espacios para la decisión libre, el cliente seguirá pensando que la pérdida del litigio se debe a la torpeza del defensor, o a la torpeza del juez. No aceptará, fácilmente y sin oponer resistencia, que es el Derecho mismo el que, en un altísimo porcentaje, es imprevisible y hasta arbitrario. Jerome Frank refería a esta situación en los siguientes términos:

> "Al público hay que continuar diciéndole mentiras acerca de la función del Derecho. Y la ley debe continuar siendo promulgada por hombres obnubilados por el mito y tan solo parcialmente conscientes de lo que hacen. ¿Y por qué?

> Pues sencillamente por el hecho de que las personas adultas, sean estas legos o juristas, no logran soportar la verdad y deben ser mantenidas en un mundo de engaños, donde puedan continuar cultivando la ilusión de que el Derecho de una civilización madura es, en última instancia, un conjunto de reglas bondadosas ofrecidas por un buen padre a sus hijos."[22]

La exigencia de racionalidad en los sistemas jurídicos no proviene, entonces, de un grupo de juristas ciegos ante la realidad, sino más bien de una sociedad ciega frente a sus propias bases irracionales y mitológicas. Una sociedad que no acepte, bajo ningún pretexto, su impotencia ante ciertas fuerzas instintivas e incontrolables de la acción humana, no podrá tampoco aceptar la *incertidumbre* inevitable del Derecho.[23] Finalmente, son los ciudadanos de una comunidad jurídicamente organizada los que, con sus impuestos, financian muchas de las Facultades de Derecho donde, se supone, los estudiantes son formados en el bello y noble arte de impartir justicia y de dar a cada uno lo que le corresponde de una manera "justa".

La referencia a los sistemas jurídicos previsibles, a la idea de una justicia objetiva y verdadera, a la noción de igualdad y objetividad de las leyes, constituye uno de los *mitos* esenciales de toda comunidad jurídica, independientemente de la época y del lugar. Nos encontramos aquí ante una verdadera *Teología sin Dios*. La renuncia a ello implicaría (se dice), la renuncia a la condición humana y el regreso a la animalidad. Pues, finalmente, ¿quién aceptaría con gusto que, en caso de un conflicto, la decisión nazca producto del azar, de la subjetividad y no de la verdad? ¿Quién sería el Hércules de la fortaleza para aceptar que su vida, su destino y su fortuna, penden de un conocimiento inexacto, inseguro, incierto y, a veces, arbitrario e irracional? *¡Tanto realismo no soporta el ser humano!* Sobre esta situación nos ha referido Alejandro Nieto, con su característico realismo:

> "En mi opinión, aquí nos encontramos, en efecto, ante un engaño 'institucionalizado'. Por razones ideológicas, el Estado no puede admitir que sus órganos judiciales decidan por causas distintas de la racionalidad legal, que es la única que les legítima. De la misma manera que los jueces se sentirían lastimados en su dignidad personal si se atribuyeran causas no jurídicas a sus resoluciones. Para que el mundo viva en orden es imprescindible que los comportamientos humanos puedan justificarse caballerosamente y, con Freud o sin él, nadie está dispuesto a reconocer en público lo que quizás no niegue en la esfera de su intimidad. Puesto que el sistema político ha decidido que las sentencias se deducen de razonamien-

---

[22] Frank, J. [1936]. *Law and the Modern Mind*, Tudor Publishing Company, New York, página 41.

[23] Véase sobre este tema la excelente obra de Jerome Frank [2001], *Derecho e Incertidumbre*, Fontamara, tercera edición, México.

tos lógicos, no es prudente abrir las puertas de la bodega para dejar que salgan los fantasmas de la irracionalidad o las alimañas del decisionismo."[24]

De lo dicho se desprende una conclusión importante, a la que ya llegó hace tiempo Thurman Arnold: El estudioso del Derecho está compelido por la opinión pública, en la cual él también se encuentra inmerso, a demostrar que un mundo esencialmente irracional se aproxima constantemente a la racionalidad, que un mundo cruel y cínico se aproxima a la nobleza y que un mundo en constante cambio es realmente estable y duradero.[25] De allí que la Iurisprudentia (o "ciencia del Derecho") no pueda renunciar a esa utopía y a ese ensueño sin hacerse *odiosa* para su entorno. Es esta "ciencia" la que conjuga, de manera simbólica, las más nobles esperanzas de la especie humana, los más nobles ideales de la comunidad social. Si ella no aceptase el encargo, ya vendrían otras disciplinas en su auxilio que **sí** lo acepten y que hagan de nuestro mundo sombrío un verdadero paraíso en la tierra.

Bibliografía

ANDRESKI, Stanislav [1972]: *Die Hexenmeister der Sozialwissenschaften. Missbrauch, Mode und Manipulation einer Wissenschaft*, List Verlag, München.

ARNOLD, Thurman [1962]: *The Symbols of Government*, A Harbinger Book, New York y Burlingame.

BERGER, Peter [1963]: *Invitation to Sociology. A Humanistic Perspective*, Anchor Books, New York.

FRANK, Jerome [1936]: *Law and the Modern Mind*, Tudor Publishing Company, New York.

— [2001]: *Derecho e Incertidumbre*, Fontamara, tercera edición, México.

FRANKL, Víctor [1985]: *Man's Search for Meaning*, Washington Square Press, New York.

FREUD, Sigmund [1974]: *Kulturtheoretische Schriften*, S. Fischer Verlag, Frankfurt am Main.

GONZÁLEZ GARCÍA, José M. [1998]: *Metáforas del Poder*, Alianza Editorial, España.

GEPHART, W. [1993]: *Gesellschaftstheorie und Recht. Das Recht im soziologischen Diskurs der Moderne*, Suhrkamp, Frankfurt am Main.

HABA, Enrique P. [1995]: *Imposibilidades para las ciencias de lo humano. Una ideología profesional: la concepción "misionera" de las ciencias sociales*, Revista de Ciencias Sociales 70, Universidad de Costa Rica, San José.

— [1996]: *Una discusión: ¿Quiénes son los "irracionalistas" en la Teoría del Derecho?* En: DOXA 19, Universidad de Alicante, España.

KOLAKOWSKI, Leszek [1972]: *La presencia del Mito*, Cátedra, Madrid.

[24] Nieto, A. [2002]. *El arbitrio judicial*, Ariel Derecho, Barcelona, España, pp. 39-40.

[25] Arnold, Th. [1962]. *The Symbols of Government*, A Harbinger Book, New York y Burlingame, p. 37.

LANGE, A. [1946]: Historia del Materialismo, Editorial Lautaro, Argentina.

MARITAIN, Jacques [1966]: *Humanismo Integral. Problemas temporales y espirituales de una nueva cristiandad*, ediciones Carlos Lohlé, Buenos Aires, México.

NIETO, Alejandro [2002]: *El arbitrio judicial*, Ariel Derecho, Barcelona, España.

[2002]: *Balada de la Justicia y la Ley*, Editorial Trotta, Madrid, España.

NIETZSCHE, Friedrich [sin año de edición]. *Also sprach Zarathustra*, en: Werke in zwei Bänden, Carl Hanser Verlag, Berlín.

ROSSET, Clement [1976]: *Lógica de lo peor*, Barral Editores, Barcelona.

REGLAS Y RAZONES SUBYACENTES[1]

Hernán Bouvier
CONICET, Argentina

Resumen. No es cierto que siempre tras el dictado de una norma existan razones subyacentes. No parece obvio que las normas emanadas de la legislatura posean siempre esa carga de racionalidad que le pretenden atribuir enfoques como el de Frederick Schauer ó el de Manuel Atienza y Juan Ruiz Manero. Su problema está en que han confundido la noción de razón necesaria para interpretar un lenguaje (razón conceptual) con la idea de razón práctica (razón evaluativa). Afirman que los valores sustanciales de tipo moral son precompromisos epistemológicos para comenzar a interpretar el lenguaje jurídico; no obstante que la atribución de razones *evaluativas* no es ni *lógicamente* necesaria en el comienzo de una interpretación, ni *empíricamente* necesaria al final de la investigación lingüística. Esta mala interpretación de nociones fundamentales de la teoría del lenguaje no hace posible describir el derecho tal y como realmente se desarrolla en los procesos de decisión colectiva, además de que juega un rol ideológico en la medida que les atribuye una propiedad de racionalidad de la cual ellos carecen.

Abstract. It is not true that there are always underlying reasons behind the issue of a norm. It is not necessarily clear that norms derived from the legislature always possess the load of rationality which approaches such as those of Frederick Schauer or Manuel Atienza and Juan Ruiz Manero seek to attribute to them. Their problem lies in the fact that they have mistaken the notion of reason necessary to interpret a language (conceptual reason) for the idea of practical reason (evaluative reason). They hold that substantial values of a moral type are epistemological pre-commitments used in order to start interpreting legal language. Nevertheless, the attribution of evaluative reasons is neither logically necessary when beginning an interpretation nor empirically necessary at the end of the linguistic research. This misinterpretation of fundamental notions in the theory of language makes it impossible to describe law as it is really carried out in processes of collective decisions. Moreover, it plays an ideological role in as far as it attributes to them a property of rationality which they lack.

[1] El presente trabajo es una versión revisada de "RAZONES, REGLAS E INTERPRETACIÓN. El regreso del legislador racional en el ámbito de la filosofía del derecho" a publicarse en la revista *Ideas y Derecho*, de la Asociación Argentina de Filosofía del Derecho (Buenos Aires: Rubinzal Culzoni, 2005). Agradezco a la Asociación y en especial al Profesor Ricardo Guibourg por permitirme publicar algunas de las ideas de ese artículo en la presente publicación.

DOXA, Cuadernos de Filosofía del Derrecho, 27 (2004) ISSN: 0214-8676 pp. 393-424

I. Introducción

En las discusiones contemporáneas de teoría del derecho resulta un lugar común dar cuenta del derecho y las reglas jurídicas en términos de razones. Un subgrupo de teóricos del derecho considera que la noción de razón, por un lado, otorga una dimensión explicativa sobre el fenómeno práctico del derecho y que, por el otro, esa noción posee primacía conceptual. Se explican las reglas a través de las razones y no a la inversa. Entender las reglas jurídicas en función de las razones que les subyacen (o en función de las razones que aquéllas desplazan) ha sido asumido –en este subgrupo de teóricos– como una categoría central a partir de la cual dar cuenta de diferentes fenómenos centrales del derecho como el de la autoridad o de la interpretación de las normas jurídicas. El alcance y rendimiento de la categoría de razón, sin embargo, no siempre ha sido utilizada de forma consecuente. Es posible sostener que algunos teóricos han extraído conclusiones injustificadas con respecto a la forma en que ella debe utilizarse. La adopción de la idea de razón como central en la empresa teórica ha llevado a suponer que todo derecho y toda regla no puede ser entendida sin la noción de razón. En este sentido, el derecho y las reglas jurídicas serían para todo caso una función de un grupo de razones que o bien hay que presuponer o bien hay que encontrar. Cualquiera sea el caso –se sostiene– no es posible dar cuenta del fenómeno práctico del derecho y de las reglas jurídicas sin la noción de razón. En este trabajo se tratará de mostrar que un subgrupo de quienes sostienen o bien la necesidad de presuponer razones, o bien la necesidad de encontrar razones, han incurrido en un *non-sequitur* con respecto a los puntos teóricos de partida. Este salto en el razonamiento será llamado aquí *non-sequitur interpretativo*. Asimismo se sostendrá que ello ha determinado en un sentido importante la revitalización de una antigua presuposición contraria al espíritu del iuspositivismo clásico: la idea del legislador racional. Se tratará de mostrar que quienes han dado este salto injustificado han confundido la noción de razón necesaria para interpretar un lenguaje (que aquí se llamará *razón conceptual*), con la idea de razón práctica (que aquí se llamará *razón evaluativa*). Se sostendrá principalmente que esta confusión:

i) proviene de una mala interpretación de nociones fundamentales de la teoría del lenguaje (paradigmáticamente de la doctrina de Donald Davidson)
ii) impide la posibilidad de describir el derecho;
iii) juega un cierto rol *ideológico* en la medida en que atribuye a los procesos de decisión colectivos (como los de sanción de una ley) una propiedad de racionalidad de la cual ellos carecen o pueden carecer.

Asimismo se tratará de mostrar que este *non-sequitur*, originado por la mala interpretación de ciertas teorías del lenguaje, no es atribuible –como creen algunos positivistas– a la noción más refinada del iusnaturalismo actual, encarnada en la figura de John Finnis. Aquí no se tratará de defender la doctrina de Finnis sino de indicar en qué sentido la idea de razón e interpretación puede ser bien o mal entendida, y porqué se considera que el *non-sequitur* que puede atribuirse a algunos teóricos (paradójicamente iuspositivistas) no es atribuible a autores como Finnis.

Por último se tratará de señalar que la *ideología* del legislador racional pone en riesgo precisamente la posibilidad de detectar y denunciar el paso de premisas descriptivas a prescriptivas (del ser al deber ser). La subestimación o el olvido de la *guillotina* de Hume no sólo impide la actividad teórica de quienes (como en el caso de los iuspositivistas exclusivos, o iuspositivistas a secas) consideran como un *valor* la posibilidad de describir fenómenos sociales, sino también de quienes creen (como en el caso de los filósofos críticos del derecho) que lo importante es contar con herramientas a partir de las cuales detectar cuándo se encubren ciertas prácticas de poder bajo el eufemismo de la *racionalidad*.

Se sostendrá en definitiva:

i) que el mal empleo de la noción de razón en el terreno del derecho ha reavivado la idea de *legislador racional*;

ii) que la idea de *legislador racional* contiene una carga *ideológica* que pretende esconder la efectiva forma en que se realizan los procesos de decisión colectivas;

iii) que dicha asunción impide utilizar la noción básica de la *guillotina de Hume*;

iv) que la *guillotina de Hume* es importante tanto para quien desea limitarse a describir fenómenos sociales sin evaluarlos, como para quien pretende describirlos con el propósito de indicar o poner al descubierto las formas de poder y control social que se esconden tras la retórica jurídica.

II. La idea de razón subyacente en *Frederick Schauer*

Una de las utilizaciones más refinadas de la noción de razón en el terreno del derecho es la presentada por Frederick Schauer[2]. Según este autor, toda

[2] F.Schauer, *Playing by the Rules. A Philosophical Examination of Rule-Based Decision-Making in Law and Life* (Oxford: Clarendon Press, 1991). Recientemente traducida al español con estudio preliminar de Claudina Orunesu y Jorge L. Rodríguez con el título *Las reglas en juego. Un examen filosófico de la toma de decisiones basadas en reglas en el derecho y la vida cotidiana* (Madrid: Marcial Pons, 2004).

regla posee un conjunto de razones subyacentes que tarde o temprano (y esto dependerá de qué modelo de *decisión* se adopte) generará el efecto de *sobre* e *infrainclusión* con respecto a las consecuencias elegidas como relevantes por la regla. Así, una regla de tránsito que prohíbe superar los 60 km. por hora y que posee como razón subyacente la protección de la integridad de los transeúntes y ciudadanos en general, será *sobreincluyente* en el caso de una ambulancia que necesita transportar a un herido imprimiendo a la ambulancia una velocidad mayor a los 60 km., y será *infraincluyente* en el caso de aquéllos que manejan bajo esa velocidad pero poseen, p.ej., propensión a sufrir ataques epilépticos o desmayos en estaciones de elevada temperatura. La *pretensión* de la regla (sus razones subyacentes) perseguía, de una forma u otra, evitar accidentes y maximizar la integridad física en el tráfico. Claramente esa justificación subyacente no se satisface ni en el caso de la ambulancia (la regla incluye algo que de acuerdo a la justificación subyacente *debería* no ser comprendido por ella, de ahí la *sobreinclusión*), ni en el caso de quien sufre desvanecimientos repentinos (la regla no incluye un caso que de acuerdo a la máxima "maximicemos la seguridad en las calles" *debería* estar incluído, de ahí la *infrainclusión*).

Es importante señalar que Schauer concibe a la posibilidad de *sobre* e *infrainclusión* como una característica constitutiva, estructural o endémica de un sistema de reglas jurídicas que pretende guiar el comportamiento de otros (sean éstos jueces o ciudadanos).

La posibilidad de evitar la tensión potencial o actual que se suscita entre razones subyacentes y consecuencias previstas por una regla no dependerá, en todo caso, de la existencia o no de razones subyacentes (ya que ellas siempre están presentes) sino de la actitud que se decida adoptar frente a esta tensión. Básicamente puede optarse por: i) un modelo opaco de las reglas con respecto a sus razones subyacentes (modelo *atrincherado* de las reglas o *basado en reglas*), ii) un modelo permeable o transparente con respecto a las razones subyacentes (modelo no atrincherado o *particularista*). Lo que no elimina en ningún caso esta presentación es la existencia para todo caso de dichas razones subyacentes. En todo caso el aplicador puede tomar las reglas *como* si fueran opacas con respecto a las razones subyacentes. La elección por uno u otro modelo, por tanto, no es impuesto por *la ausencia* de razones subyacentes (lo cual impondría tomar sólo las reglas y sus consecuencias con independencia de toda otra consideración) sino por la postura o decisión que se tome con respecto a qué modelo sería más conveniente adoptar en un Estado de Derecho[3]. Es decir, dado que se generará una ten-

[3] Esto, a su vez, pone la discusión en términos de dos opciones: aquélla que sostiene que hay buenas *razones* para tener en cuenta las *razones subyacentes* versus aquélla que sostiene

sión entre tomar un modelo basado en reglas o uno particularista, habrá que sopesar las razones que cada modelo aduce en su favor[4].

La adopción del primer modelo (*atrincherado* u opaco con respecto a las razones subyacentes) posee una ventaja y una desventaja:

i) la *ventaja* consiste en que el legislador elige un preciso estado de cosas (no viajar a más de 60 km. por hora) que concuerda (pero no se superpone completamente) con las razones subyacentes, e impide que se reabra (al nivel de aplicación del derecho) el balance de razones sobre los estados de cosas que maximizarían la satisfacción de las razones subyacentes. En este sentido, se clausura la posibilidad de decisión discrecional del juez y se impide que un órgano no elegido democráticamente decida sobre cuestiones privativas del Poder Legislativo[5]. Las ventajas *políticas*, en este sentido, consisten en que, en primer lugar, se evita la delegación de poder legislativo clausurando la reapertura del balance de razones por parte del juez; en segundo lugar, se refuerza el ideal de *certeza* o *seguridad jurídica*. Mediante reglas claras y precisas se favorece que el ciudadano conozca de antemano en forma exhaustiva cuál es el estado de cosas que debería evitar o al cual debe ajustar su conducta.

ii) la *desventaja* consiste precisamente en el fenómeno de la *sobre* e *infrainclusión*. Siempre podrán suscitarse casos extravagantes en que resulte costoso adoptar un sistema de reglas atrincherado. En el caso de la *sobreinclusión* porque se estima que existe un estado de cosas

---

que hay buenas *razones* para basarse en un modelo de reglas. Esta distinción da lugar en Schauer a dos tipos de justificaciones o razones en *favor* de los modelos: la justificación *sustantiva* y la justificación para *generación de reglas*. Según la definición del propio autor:

"*[la]* ***justificación sustantiva*** *determina las razones que sustentan u objetivos que subyacen a la regla…[la]* ***justificación para la generación de reglas****, suministra el fundamento para especificar la justificación sustantiva en forma de regla"* F.Schauer, ob. Cit. p. 94 de la versión inglesa, p. 154 de la versión española.

[4] El mismo problema o tensión entre estos dos modelos puede analizarse en términos de los *costes* de la taxatividad, esto es, de un modelo basado en reglas. Al respecto puede verse el análisis exhaustivo del problema que lleva adelante Víctor Ferreres Comella con copiosa referencia de la jurisprudencia del Tribunal Supremo, el Tribunal Constitucional, el Tribunal Europeo de Derechos Humanos y la Corte Suprema de EEUU, en *El principio de taxatividad en materia penal y el valor normativo de la jurisprudencia* (Madrid: Civitas, 2002).

[5] Esta es paradigmáticamente una de las formas en que puede discutirse en el terreno de la Filosofía Política y el Derecho Constitucional el problema del argumento *contramayoritario* o del *activismo judicial*. Es decir, la posibilidad y conveniencia de que los jueces tomen para sí potestades que deberían estar en manos de órganos democráticos. Cfr. Gargarella, Roberto. "Los jueces frente al `coto vedado´»**.** Revista *Discusiones*. Número 1. Ed. de la Universidad Nacional del Sur. 2000. pp. 53-65. En lo que concierne a la relevancia de la discusión en el ámbito constitucional puede verse Ferreres Comella, Víctor. "Una defensa de la rigidez constitucional"**.** Revista *Doxa* 23. Universidad de Alicante. 2000. pp 29-49.

que debería ser excluido del alcance de la norma; en el caso de la *infrainclusión* porque se estima que algo que no cae bajo el alcance de la norma *debería* (de acuerdo a sus razones subyacentes) estar incluido en ella. La desventaja precisamente consiste en que existen estados de cosas que se querría favorecer o desalentar pero que, dada la técnica de atrincheramiento y opacidad, son regulados de forma *subóptima*[6].

Por el contrario, el segundo modelo (no atrincherado o no focalizado en decisiones en base a reglas) puede considerar que la satisfacción de las razones subyacentes es un valor supremo por lo cual se justifica adoptar fórmulas legislativas que en vez de precisar un estado de cosas de forma exhaustiva, se limite a expresar más o menos claramente las razones o valores que se quiere favorecer. Así, por ejemplo, se puede optar por cambiar la técnica legislativa, abandonando el modelo de las reglas y formulando un principio que (en nuestro ejemplo) tendría el siguiente contenido "debe sancionarse los actos que pongan en peligro o efectivamente dañen a transeúntes y automovilistas en el tráfico" o "debe maximizarse la seguridad en el tráfico". La adopción del segundo modelo también posee un grupo claro de ventajas y un grupo claro de desventajas:

i) como *ventaja,* elimina el efecto de *sobre e infrainclusión* toda vez que una fórmula con una amplitud tal está en condiciones de lidiar o solucionar correctamente los casos extravagantes, incluyendo casos como el de las personas con problemas de salud que no deberían conducir (que en el modelo anterior quedaban fuera del alcance de la regla) y excluyendo casos como el de la ambulancia (que en el modelo anterior eran alcanzados por la regla).

ii) como *desventaja* surge precisamente la negación de las dos ventajas del modelo anterior. En primer lugar se delega a un órgano no-legislativo la posibilidad de decidir cuál sería el estado de cosas que corresponde a una fórmula amplia como "maximizar la seguridad en el tráfico". En segundo lugar se compromete seriamente la seguridad jurídica o certeza ya que no es posible conocer *ex-ante* y de forma precisa cuáles serían los estados de cosas que el ciudadano debería perseguir o evitar. Por último, y como consecuencia de lo anterior, se compromete seriamente la *autonomía* individual de las personas ya

[6] Sobre el carácter subóptimo de las reglas, Cfr. F. Schauer, ob. Cit. pp. 100-101 versión inglesa y 160-161 versión española.

que no se les informa previamente de las reglas y condiciones a partir de las cuales podrían diseñar un cierto plan de vida[7].

Esquemáticamente podría compararse ambos modelos mediante un cuadro en donde los signos positivos (+) aparecen simbolizando las ventajas y los negativos (–) las desventajas.

Así:

	Modelo opaco o atrincherado (basado en reglas)	Modelo no atrincherado o transparente (basado en principios)
Satisfacción de las razones subyacentes	–	+
No delegación de poder legislativo a los jueces	+	–
Certeza o seguridad jurídica	+	–

Como se ha dicho previamente, esta presentación de las opciones entre dos modelos pretende retratar una cierta tensión y dilema frente al cual se debe decidir: si el modelo que protege y favorece las razones subyacentes elegidas por el legislador, que otorga poder a los jueces y que pone en riesgo la seguridad jurídica; o aquél que no siempre satisface la justificación subyacente, no delega poder a los órganos de aplicación y favorece la certeza o principio de legalidad en sentido amplio. Basta aquí decir que la obra de Schauer está dirigida a apuntalar una defensa del modelo basado en reglas opacas a sus razones subyacentes. No obstante, no es este el punto donde querría detenerme sino más bien en los elementos a partir de los cuales Schauer realiza este tipo de análisis y el tipo de *entidades* que el autor presupone existentes en *todo* análisis del derecho.

Puede decirse que la *ontología* de Schauer presupone al menos tres tipos de entes o elementos en el ámbito del derecho:

i) razones subyacentes o propósitos perseguidos por el legislador;
ii) reglas opacas a estas razones o propósitos;
iii) principios o normas no opacas a las razones;

Es fácil ver que el modelo de Schauer sostiene que para *todo caso* las reglas poseen un propósito o razón subyacente que podrá ser o no tomado en cuenta de acuerdo al modelo que se decida adoptar. En ningún caso se prevé la posibilidad de reglas dictadas irracionalmente, a ciegas, sin conocimiento

[7] Es decir, no se provee de reglas claras, prospectivas, públicas e irretroactivas. Sobre la relación entre certeza, autonomía y plan de vida puede consultarse, en el marco de esta discusión a Bayón, Juan Carlos. "Principios y reglas: legislación y juridiscción en el Estado Constitucional" en *Jueces para la Democracia*, n° 27, noviembre, 1996. pp. 41-49.

de propósitos, o sin la previsión de ciertos fines u objetivos a proteger o alcanzar. Se excluye, en definitiva, reglas sin razones subyacentes. Este puede considerarse el primer paso hacia la revitalización de la idea del legislador racional. Toda norma, cualquiera sea el caso, tendrá una razón subyacente la cual, por motivos políticos, morales o prudenciales podemos elegir dejar de lado mediante la adopción de un modelo de reglas atrincherado y opaco. No se sostiene que existen casos en que hay reglas que no tienen razones o que han sido emanadas sin la más mínima consideración de qué estado de cosas se querría favorecer. Se sostiene, en cambio, que siempre existen estas consideraciones las cuales podemos o no tomar como relevantes a la hora de decidir un caso y ello dependerá de los valores (certeza, autonomía, división de poderes, etc.) que se pretenda proteger. Se aduce, en definitiva, que no hay reglas sin razones. Más adelante se regresará sobre este argumento tratando de mostrar cómo ello contribuye a una tergiversación (idealización) de la forma en que realmente son tomados los procesos de decisión colectiva y cómo un análisis tal impide dar cuenta o describir los casos (bastante usuales) en que el legislador obra por error, desinterés o desconocimiento del tipo de intereses o valores que está favoreciendo. Excluye, en definitiva, distinguir entre lo que llamaríamos un buen legislador (reflexivo, abierto a la discusión y al balance de razones) y un mal legislador (aquél que no tiene en cuenta el conjunto de valores que se están en juego al momento de legislar)[8]. Previo analizar más detalladamente los posibles orígenes de esta posición por parte de Schauer, se analizará un discurso teórico que se encuentra en la misma línea de Schauer y que intenta extraer de esta teoría consecuencias concretas para la interpretación de determinadas instituciones jurídicas como el abuso del derecho y el fraude a la ley. Me refiero al análisis que llevan adelante Manuel Atienza y Juan Ruiz Manero en *Ilícitos atípicos*[9] (de ahora en adelante *IA*).

[8] Como se verá, el análisis *à la Schauer* impide hacer uso, en primer lugar, de la conocida máxima según la cual *una cosa es el derecho otra su mérito o demérito* (que para el caso debería transformarse en *una cosa son las reglas o leyes otra es si efectivamente son el producto de una decisión racional o que tiene en cuenta razones*); en segundo lugar impide tomar en cuenta los casos en que el legislador es completamente inconsciente del tipo de valores (suponiendo que existan) o ideología que está favoreciendo, lo que constituye un elemento de análisis central para quienes creen que es posible que los funcionarios (y cualquier ciudadano en general) actúe como *vehículo inconsciente de poder* (Foucault). Es decir, actuando los intereses ajenos y fortaleciendo ciertas estructuras de poder sin notarlo.

[9] Atienza, M. y Ruiz Manero, J. *Ilícitos atípicos* (Madrid: Editorial Trotta, 2000).

III. Reglas y principios en Atienza y Ruiz Manero

Tomando la estructura de Schauer previamente descripta los autores distinguen claramente entre dos tipos de normas: las reglas y los principios. Las reglas, a su vez, son subdivididas en dos tipos: las reglas de acción y las de fin. Las reglas de acción son pautas específicas de conducta que establecen mandatos o permisiones y detentan la siguiente estructura: un antecedente o condición de aplicación, que contiene un conjunto *cerrado* de propiedades (en el ejemplo de más arriba "velocidad máxima de 60 km por hora"), y un consecuente o solución normativa con dos elementos, una acción o clase de acciones y su calificación deóntica (v.g. "obligatorio sancionar con multa de 200 a 1000 pesos")[10]. Las reglas de fin, por su parte, preven como solución o consecuencia normativa no la realización de una acción (castigar, sancionar, etc.) sino la consecución de un cierto estado de cosas[11]. Para nuestro análisis bastará concentrarse en el primer tipo de reglas.

Por su parte los principios son definidos, por oposición a las reglas, como normas que tienen por rasgo característico

> "*...que su antecedente o condición de aplicación no se contiene otra cosa sino la propiedad de que haya una oportunidad de realizar la conducta prescripta en el consecuente; y en este último se contiene una prohibición, un deber o permisión* ***prima facie*** *de realizar una cierta acción (en el caso de los principios en sentido estricto) o de dar lugar a un cierto estado de cosas en la mayor medida posible (en el caso de las directrices o normas programáticas)...[...]...De esta forma, los principios –a diferencia de las reglas– no pretenden excluir la deliberación del destinatario como base de la determinación de la conducta a seguir sino que, bien al contrario, exigen tal deliberación...*"[12]

Para estos autores, la diferencia central entre reglas y principios radica precisamente en que en el antecedente de la regla figuran condiciones cerradas, mientras en los principios figuran condiciones abiertas de aplicación las cuales fuerzan (o estimulan) la deliberación sobre el estado de cosas que se correspondería con el propósito del principio. Como segunda diferencia, mientras que las reglas estipulan la acción que se sigue como consecuencia de la verificación de las condiciones de aplicación (v.g. la consecuencia de sancionar, castigar, etc.) los principios estipulan consecuencias que tienen el peso o valor de deberes o calificaciones deónticas *prima facie*, es decir

---

[10] Esta forma de presentar las reglas como compuestos de condiciones de aplicación y soluciones puede encontrarse (de forma mucho más sofisticada) en la presentación de las normas que hacen Alchourrón y Bulygin como compuestos de casos genéricos y soluciones normativas. Cfr. Alchourrón, C. y Bulygin, E. *Introducción a la metodología de las ciencias sociales y jurídicas* (Buenos Aires: Astrea, 1975) p. 79. Sobre la noción de caso genérico *ibídem*. p. 59.

[11] Atienza M., Ruiz Manero, J., *IA*, ob. cit. pp. 16 y 17.

[12] Atienza M., Ruiz Manero, J., *IA,* ob. cit. pp. 18 y 19.

que se aplican en ausencia de otros principios que *derroten* al principio en cuestión[13]. Por otra parte, y en lo que a nuestra discusión interesa, los autores distinguen (como se ha visto en el párrafo citado) entre principios en *sentido estricto* y principios como *directrices o normas programáticas*. Los principios en sentido estricto tienen como función fundamental la de brindar la justificación subyacente a las reglas. Así la regla de velocidad máxima en el tráfico posee un principio en sentido estricto que le otorga justificación, según el cual "es valioso maximizar la seguridad en el tráfico" o, si se quiere "se debe minimizar las situaciones de peligro o daño a terceros". Para los autores, la función primordial de los principios es otorgar la justificación subyacente a las reglas, lo cual los acerca todavía más a la posición de Schauer en el sentido que afirman lisa y llanamente que las reglas poseen este aspecto subyacente del cual podremos luego (si nos parece importante) desembarazarnos tomando en cuenta sólo el estado de cosas *atrincherado* por la regla, desechando su base justificativa. Es esta concepción de las reglas la que les permite a los autores distinguir entre el elemento propiamente *directivo* de las normas y el aspecto *justificativo*. En sus palabras:

> "...[habría] *que distinguir entre el elemento propiamente directivo de las normas: su función de dirigir la conducta, y el elemento justificativo: lo que hace que la conducta prohibida aparezca como disvaliosa, la obligatoria como valiosa, y la permitida como indiferente. Hay pues, una relación intrínseca entre las normas y los valores, puesto que el establecer, por ejemplo, la obligatoriedad de una acción* ***p*** *implica necesariamente atribuir a esa acción un valor positivo*..."[14] (el subrayado es mío).

Aquello a lo que los autores refieren con la expresión "*lo que hace que la conducta aparezca como disvaliosa, valiosa, o indiferente"* es precisamente la idea de valor, razón o justificación subyacente. Es decir, aquéllo que subyace a toda directiva y que les permitirá decir luego, siguiendo a Schauer, que todas las reglas presentarán este defecto endémico o estruc-

---

[13] La diferencia entre deberes absolutos y *prima facie* tiene origen en una distinción proveniente de la Filosofía Moral y atribuida a David Ross (aunque tributaria en realidad de las ideas de Prichard). Cfr. Ross, David. *Lo correcto y lo bueno*. (México: Ed. Sígueme, 2001). Trad. de Leonardo Rodríguez Duplá. La terminología ha sido adoptada también en el terreno del derecho con el propósito de dar cuenta de la distinción propuesta por Ronald Dworkin entre principios y reglas. Según Dworkin las reglas poseen una dimensión todo o nada (agotan el espacio lógico de aplicación) mientras los principios poseen una dimensión de peso que permite la relación de conflicto y superación entre ellos (derrotabilidad). También se ha pretendido hablar o reconstruir las reglas en términos de deberes *prima facie* y derrotabilidad. La literatura en ese sentido está comenzando a tornarse inabarcable. Al respecto puede verse, como mínimo, Alchourrón, Carlos E. "Para una lógica de las razones prima facie", *Análisis Filosófico* XVI (2) (1996), pp. 113-124. Resume con precisión el estado de la cuestión Bayón, Juan Carlos, "¿Por qué es derrotable el razonamiento jurídico?", *Doxa*, 24, 2001, pp. 35-62.

[14] *IA*, ob. cit., pp. 20-21.

tural de la *sobre* e *infrainclusión* con respecto a las razones que motivaron su promulgación. Este compromiso teórico lleva a los autores a terminar asumiendo que:

> "*no se puede descartar la posibilidad de que en un determinado supuesto, lo que ordena (o permite) la regla difiera de lo ordenado o permitido por su justificación subyacente (el principio o principios de los cuales la regla es una especificación)"*[15]

Parece seguirse claramente de lo transcripto, y en especial de la parte resaltada, que los autores están dispuestos, al igual que Schauer, a partir del supuesto que toda norma posee al menos un principio que le subyace o una razón que la justifica. Asumen, por tanto, que toda regla posee una razón, y que ella puede expresar un juicio de desaprobación (si es prohibitiva), de aprobación (si es obligatoria) o de indiferencia (si es permitida). Lo que no se ve hasta el momento es porqué si estamos comprometidos con la descripción de las normas emanadas del poder legislativo, tenemos que comprometernos con asumir que toda norma que expresa una obligación posee una razón subyacente o una base justificativa que el legislador ha tenido en cuenta al momento de emanar la norma. Parece perfectamente imaginable la situación de un Poder Legislativo que sancione leyes continuamente sin entender qué es lo que está sancionando, sin tener en cuenta las razones que favorece, o sin pensar en razón o estado de cosas alguno al cual favorecer o proteger. Parece totalmente posible contar con legisladores (malos legisladores, debe decirse) que sancionen leyes sin ningún mérito, razón o justificación. Una vez más, los actos de la legislatura son una cosa (y es eso a lo que debería limitarse a describir un teórico del derecho) sus méritos o deméritos, otra[16]. En la próxima sección se analizará la relevancia de la noción de razón en el ámbito de la interpretación del lenguaje, tratando de mostrar que el tipo de razones que son necesarias para interpretar el lenguaje de un tercero no tienen porqué suponer el tipo de razones en las que están pensando Schauer y Atienza-Ruiz Manero.

---

[15] *IA*, ob. cit., p. 23.

[16] Los autores pueden estar pensando, en cambio, en la idea de regla *como* razón que es tributaria del pensamiento de Hart, y más precisamente de la noción de regla del segundo Wittgenstein. Pero si ese fuera el caso (y sobre ello se regresará más adelante) la tergiversación es doble. Porque ni Hart ni Wittgenstein creen que *tras* la regla subsisten razones, sino más bien que la regla *es* una razón para quien la sigue, i.e. que ve un motivo para seguirla, y está dispuesto a partir de ella a formular un juicio de reproche ante el desvío o desobediencia. Este concepto de regla no incluye algo subyacente (algo *en virtud* de lo cual una cosa deviene o se presenta como otra; v.g. una regla como función de sus razones subyacentes) sino la noción de identidad según el cual *tener* una regla es *tener* una disposición a seguirla y a criticar su desobediencia. La noción Wittgensteiniana-Hartiana de regla no necesita algo subyacente: una regla *es* una razón.

IV. El origen de la confusión. La necesidad de atribuir razones en la situación de interpretación

IV.a. Razones conceptuales y razones evaluativas en la interpretación (Davidson). El non-sequitur interpretativo

Luego del giro "postpositivista" de la filosofía anglosajona en los años cincuenta del siglo pasado se ha asumido –como respuesta a los desafíos escépticos– que la noción de interpretación y traducción de un lenguaje está íntimamente ligada con la necesidad conceptual de atribuir *razones* en el hablante o sujeto a ser interpretado[17]. En especial se considera que no es posible intentar interpretar un lenguaje (jurídico, o práctico en general) si no se parte de ciertos supuestos o atribuciones en las intenciones del hablante. Según este modo de ver las cosas, sería una empresa imposible tratar de averiguar el contenido semántico de un lenguaje sin partir de la base que la persona interpretada asume, al menos, algunos de los presupuestos que el intérprete tiene en cuenta para construir su manual de traducción (para el caso, un texto de dogmática, o cualquier obra de doctrina que intente descifrar *qué quiso decir el legislador*). Se sostiene que, si se partiera de la base que el hablante no cumple con ciertas condiciones mínimas del lenguaje, la actividad de interpretar constituiría un sinsentido y la caída en el escepticismo, inevitable. Es en este contexto que se enmarca, fundamentalmente, la obra de Donald Davidson y en especial dos de sus artículos que intentan, por un lado, salir del escepticismo y, por el otro, dar cuenta de los compromisos teóricos mínimos que se deben asumir a la hora de interpretar el lenguaje de un tercero[18].

---

[17] Sobre el impacto del postpositivismo en el terreno del derecho: Patterson, Dennis, "Postmodernism", en Dennis Patterson (ed.), *A Companion to Philosophy of Law and Legal Theory* (Cambridge, Massachusetts: Blackwell, 1996). Sobre ese giro en el ámbito exclusivamente filosófico (con un análisis de la obra del segundo Wittgenstein y sus conexiones con Quine): Hacker, P.M.S., *Wittgenstein's Place in Twentieth-Century Analytic Philosophy* (Oxford: Blackwell Publishers, 1996), pp. 103-110, en donde se analiza puntualmente lo que el mismo autor llama *el repudio del análisis.*

[18] Me refiero a Davidson, D. "On the Very Idea of a Conceptual Scheme" (de ahora en adelante *OVICS*) en, Id. *Inquiries into Truth and Interpretation* (Oxford: Clarendon Press, 1984) pp. 183-198 y "A Coherence Theory of Truth and Knowledge" (de ahora en adelante *CTTK*) en Id. *Truth and Interpretation. Perspectives on the Philosophy of Donald Davidson*. Ernest LePore (ed.) (Oxford: Blackwell, 1986) pp. 307-319. En realidad la teoría de Davidson enlaza estrechamente la teoría de la acción con la del lenguaje e interpretación. Los puntos básicos de la teoría de la acción en Davidson (con repercusión en *OVICS* y *CTTK*) se encuentran en id. *Actions, Reasons and Causes* en White, A. (ed.) *Philosophy of Action* (Oxford: Oxford University Press, 1969).

Retomando la noción del principio de *Caridad* utilizada por Quine (que a su vez éste toma de Wilson[19]), Davidson sostiene que se deben asumir ciertos presupuestos conceptuales o lógicos en el hablante interpretado. En especial, el principio de caridad incluye la atribución en el hablante de ciertas categorías que aquí se llamarán *conceptuales*. De acuerdo a ellas, debemos suponer que el hablante utiliza el principio de no contradicción y tercero excluído como lo hacemos nosotros, y que la información que da sobre el mundo es verídica (es decir, no padece de alucinaciones ni pretende, en general, engañarnos sobre las cosas a las cuales refiere o sobre las cosas en presencia de las cuales emite un sonido, señala, nombra o juzga). Por último, debemos interpretar el lenguaje de forma *teleológica o intencional*, es decir, en términos de qué quiso hacer la persona que se pretende interpretar. Aquí surgen dos posibilidades: o atribuimos al hablante la *intención o actitud proposicional* de describir el mundo (i.e. la expresión de una creencia) o atribuimos al hablante la *intención o actitud proposicional* de que cierto estado del mundo cambie en determinado aspecto (i.e. la expresión de un deseo). Así, si el hablante expresa que no desea que los automóviles circulen a más de 60 km. por hora debemos *presuponer* al menos (y esto luego puede ser refutado dependiendo de otras pruebas empíricas) que cuando dijo automóvil no se refería vehículos tracción a sangre (principio de identidad), que no está de acuerdo al mismo tiempo con que se circule y *no* se circule a más de 60 km. (principio de no contradicción), que no ha intentado engañarnos, y que desea que el mundo cambie en *ese* aspecto. Es decir, que su expresión o acción se explica por su voluntad de que los vehículos no alcancen esa velocidad, y no por, p.ej. por otra creencia mítica o irrazonable. Presuponemos que el individuo considera indeseable esa velocidad.

Puede verse hasta aquí qué rol juega en la situación de interpretación la atribución o presuposición de estos esquemas o categorías en el hablante (principio de no contradicción, identidad, veracidad, etc.). Si no pudiésemos partir de estos presupuestos, si no pudiésemos partir del presupuesto que el hablante identifica mínimamente el mundo como lo hace el intérprete y tampoco pudiésemos atribuir a sus deseos una cierta explicación en términos de lo que el sujeto quería y no quería que sucediese, sería imposible embarcarse en cualquier actividad teórica de interpretación[20]. Digamos que es necesario

---

[19] Cfr. Sanchez Durá y Vidarte, V.S. "Interpretación: radical y cultural" en Dascal, M. (ed.) *Filosofía del Lenguaje II. Pragmática. Enciclopedia Iberoamericana de Filosofía.* (Madrid: Trotta, 1999), p. 172.

[20] Para Davidson constituye una especie de contradicción (teórica) en los términos sostener que existe un lenguaje pero no es traducible: "...nada puede contar como evidencia de que cierta actividad o práctica no puede ser interpretada en nuestro lenguaje sin implicar, al mismo tiempo, una prueba de que en realidad ese lenguaje no es una instancia de comportamiento

atribuir al hablante (o conjunto de hablantes) un *mínimum* de racionalidad sin el cual no puede comenzarse la traducción. Llamemos a este conjunto de precompromisos conceptuales *razones conceptuales o lógicas*. Como puede verse, ellas constituyen una serie de presupuestos *epistemológicos* a partir de los cuales elucidar qué significan (qué contenido tienen) las palabras o textos de otros[21]. Estas razones o presupuestos conceptuales, a su vez, pueden utilizarse sólo bajo ciertas restricciones. En especial las restricciones se refieren a qué o cuánto es admisible *atribuir* o *presuponer* en el hablante a la hora de interpretarlo. Si simplemente se presupusiera en el hablante *todas* nuestras categorías, creencias y convicciones, la línea entre descripción e invención (tergiversación de datos) desaparecería. Todo lo que al teórico le parece que *debería* pensar o creer el hablante se transformaría en *todo* lo que el hablante piensa o cree. No habría, en definitiva, distinción entre creencias y mundo, entre hipótesis y realidad. En palabras de Acero, Bustos y Quesada:

> *"el intérprete ha de imputar al hablante aquellas creencias e intenciones que optimizan el mutuo acuerdo sobre cuál sea la causa racional de la proferencia. Es decir, el Principio de Caridad le pide al intérprete que atribuya al hablante las creencias e intenciones que constituirían para el primero una racionalización de la proferencia. Obviamente este principio es válido dentro de ciertos límites, y la primera restricción a que ha de someterse es la que no nos lleve a pensar que el hablante tiene deseos y/o creencias explícitamente contradictorios, y que lo sabe. Si se alcanzase una conclusión así, habría que admitir que el intérprete había cometido algún error en sus asignaciones previas, y sería forzoso proceder a su localización. Por otro lado, este principio tampoco nos abre las puertas a atribuir al hablante cualesquiera creencias y deseos, y por consiguiente cualquier atribución tal está siempre a expensas de ulterior información. En definitiva, la racionalización que el intérprete haga de las proferencias de los hablantes tiene todo el carácter de una hipótesis empírica susceptible de ser confirmada o de ser definitivamente falsada. El Principio de Caridad no es en absoluto incompatible con las exigencias de la investigación científica"*[22] (el subrayado es mío)

---

lingüístico..." [la traducción es mía, en el original "...nothing could count as evidence that some form of activity could not be interpreted in our language that was not at the same time evidence that that form of activity was not speech behaviour..."]. Cfr. *OVICS*, p. 185.

[21] En realidad la teoría de Davidson se completa con dos principios más: el principio de *autonomía semántica* y el *principio del triangulo*. Cfr. Acero, J.J., Bustos, E., Quesada, D. *Introducción a la filosofía del lenguaje*. (Madrid: Cátedra, Colección Teorema, 1989) pp. 235-239. No es necesario a los fines de este trabajo hacer referencia a ellos. Sí en cambio cabe aclarar, para evitar confusiones, que no existe relación entre la noción de autonomía semántica davidsoniana y la que tiene en mente Schauer en ob. Cit. pp. 53-62 de la versión inglesa, pp. 113-122.

[22] Acero, Bustos, Quesada, ob. cit. p. 236.

De lo dicho se sigue que si bien es cierto que se deben atribuir razones de un cierto tipo a la persona que expresa sus deseos en un lenguaje, esas razones no tienen porqué ir (aunque de hecho puedan ir) más allá de lo mínimo necesario para comprender en qué aspecto este individuo pretende que cambie el mundo. Se parte del presupuesto que el hablante cuando dice lo que dice cree que es conveniente que el mundo se adapte a ese deseo, pero de ello no se sigue necesariamente que el individuo posea una concepción sobre cuáles son los hechos o razones subyacentes a sus deseos. Su deseo se *explica* en virtud de que atribuimos cierta *intención* pero de ello no se sigue que esa intención, a su vez, pueda ser racionalizada *necesariamente* en una concepción más amplia sobre qué considera valioso sobre el mundo o sobre el tráfico. No necesitamos más que presuponer, en orden a *comenzar* a interpretar su lenguaje, razones de tipo conceptuales que indican qué quiso decir lo que dijo y qué quiere que el mundo cambie exactamente con respecto al estado de cosas que ha expresado (para nuestro ejemplo, que nadie circule a más de 60 km.h).

Es por tanto una cuestión de hecho, innecesaria a la hora de *comenzar* una actividad interpretativa, si el hablante tiene más razones que las que expresa su profirencia interpretada bajo razones de tipo conceptual. Es cierto que *de hecho* el individuo puede concebir a su deseo como enmarcado en una teoría más amplia sobre el bienestar social, pero la existencia de esta concepción subyacente a sus deseos es una cuestión de hecho que no necesita presuponerse para poder iniciar la traducción de su lenguaje.

Es posible entonces que autores como Schauer y Atienza-Ruiz Manero consideren a la idea de razones o justificación subyacente como el conjunto de criterios o precompromisos epistemológicos que debemos presuponer para que sea posible *comenzar* a interpretar el lenguaje jurídico. Sin embargo, como se ha mostrado, las *razones conceptuales* que deben presuponerse para que sea *lógica o teóricamente* posible comenzar una traducción no incluyen el tipo de razones en las que están pensando estos autores. No incluyen necesariamente la existencia de valores o razones subyacentes. Es perfectamente posible iniciar la interpretación de un lenguaje presuponiendo sólo *razones conceptuales* sin presuponer lo que aquí querría llamar *razones evaluativas* (i.e. razones que incluyen una cierta concepción sobre qué estado de cosas constituiría un mundo *valioso, bueno, bello o correcto*). Y, lo que es más importante, es posible que el resultado o conclusión de la interpretación arroje un resultado desconcertante: que el hablante no tenía en mente nada más que su deseo de que el mundo cambie en ese y sólo en ese aspecto. Por tanto, la atribución de razones *evaluativas* no es ni *lógicamente* necesaria en el comienzo de una interpretación, ni *empíricamente* necesaria en el final de la investigación lingüística, i.e. puede ser el caso que al

finalizar nuestro investigación dogmática, descubramos que el legislador no tenía en mente ninguna concepción del bien, o seguridad en el tráfico. Como puede verse, no existe espacio dentro el modelo de Schauer-Atienza-Ruiz Manero para una conclusión similar. Llamaré a este razonamiento inválido –según el cual si hay que atribuir razones entonces hay que atribuir razones evaluativas– el ***non-sequitur interpretativo***.

IV.b. Razones conceptuales y razones evaluativas en la descripción del derecho. La metodología de la teoría del derecho. El non-sequitur descriptivo

Algunos autores han sostenido (en contra de lo que se ha dicho en la subsección precedente) que la teoría misma del derecho es imposible si no se intenta al menos dar cuenta de un aspecto central del derecho y de las reglas: su referencia a valores y principios sustantivos[23]. Este enfoque es algo diferente y más amplio que aquél que sostiene que debemos presuponer valores o razones subyacentes a la hora de interpretar. Mientras que el modelo de más arriba sostiene (incurriendo en el *non-sequitur interpretativo*) que se deben presuponer razones evaluativas como *presupuesto epistemológico* o *interpretativo*, este modelo sostiene, más bien, que de *hecho* el derecho es una cuestión de valores y principios sustanciales de tipo moral, agregando que la descripción de valores sólo puede hacerse *a través* de evaluaciones análogas a las descriptas. Así, en este caso, parece sumarse al presupuesto epistemológico de la sección anterior un presupuesto ontológico: aquél según el cual el derecho, como hecho práctico, consiste en razones justificantes regularmente independientes de las fuentes sociales (de su *pedigree*). Dworkin, por ejemplo, ha sostenido que el derecho en sí mismo es un concepto interpretativo, i.e., un concepto que no podemos entender a menos que entendamos el valor u objeto del derecho el cual, para el autor, consiste principalmente en la justificación del ejercicio del poder coercitivo por parte del estado[24]. No pretendo entrar en la discusión sobre los problemas de este enfoque. Una respuesta rápida a esta concepción (lo que la hace, a su vez, rápidamente contestable) puede darse sosteniendo que aunque admitiésemos que la tarea central de un teórico del derecho es dar cuenta del aspecto central del derecho y, aún admitiendo que el propósito central del derecho

[23] Paradigmáticamente Dworkin R. *Law´s Empire* (Cambridge: Harvard University Press, 1986) y Finnis, J. *Natural Law and Natural Rights* (Oxford: Clarendon Press 1980).

[24] Cfr. Dworkin, Ronald, *Law´s Empire*, ob. cit. p. 190: "...una concepción del derecho debe explicar cómo lo que se considera derecho provee una justificación para el ejercicio del poder coercitivo por parte del estado..." [la traducción es mía. En el original "...a conception of law must explain how what it takes to be law provides a general justification for the excercise of coercive power by the state..."]

es tratar de proporcionar algún tipo de justificación, de ello no se sigue que quien describe el derecho deba enrolarse en argumentos de tipo evaluativos como desea Dworkin (aunque como se verá, esta respuesta puede ser objetable). En este sentido la debilidad del enfoque de Dworkin es doble ya que:

i) si asumimos que el objetivo central del derecho es justificar la coerción estatal de acuerdo a determinados valores (morales o evaluativos de cualquier tipo) de ello no se sigue que para describir esa actividad de justificación debamos *nosotros* los intérpretes, ingresar en actividades evaluativas[25];

ii) no hay porqué asumir (y esta es la crítica principal que se le dirge a Dworkin) que *todo* derecho o todo sistema jurídico de hecho se proponga como fin fundamental justificar la forma en que se ejerce el control social[26].

---

[25] Salvo que se presuponga que la descripción de valores sólo puede ser hecha mediante otros valores. Si, en cambio, lo que se quiere decir es que para describir un valor, se necesita comprender el valor o entender más o menos lo mismo que se entiende por dicho valor en la comunidad bajo análisis, entonces no existe ninguna contradicción en sostener, sin juicio de valor alguno, "ellos consideran a X bueno". Hart resume esta intuición sosteniendo que "una descripción puede todavía ser una descripción, incluso cuando lo que se describe consiste en una evaluación". En realidad tras esta discusión se encuentra el problema de en qué medida es posible comprender e interpretar un conjunto de valores sin enrolarse para esa misma empresa en argumentos evaluativos. El problema radica en la posibilidad de describir una cierta actitud interna frente a hechos prácticos desde el punto de vista externo. En lo que se ha llamado el *giro hermenéutico* de la obra Hartiana, se intenta explorar la posibilidad de describir o explicar las prácticas de una comunidad sin necesidad de colapsar la descripción en la valoración. Hart considera que no existe ninguna contradicción entre el hecho de comprender una práctica desde el punto de vista externo y su descripción *como* si fuésemos participantes en esa práctica (i.e. como individuos que ven en ciertas reglas algo más que mera regularidad). Desde esta perspectiva un analista de una práctica puede asumir un punto de vista externo *no-extremo* o *hermenéutico* que posibilita describir el punto de vista interno de aquéllos que aceptan dicha práctica y ven en ella una razón para la acción. Como se verá más adelante, esta creencia Hartiana de que ciertas prácticas pueden ser descriptas sin utilizar términos evaluativos –contrariamente a lo que pretende un Dworkiniano o un Finisiano– está supeditada a la creencia que el derecho (o sus casos centrales) de *hecho* no recurren en todo caso a categorías evaluativas. Sobre el giro hermenéutico en Hart, cfr. MacCormick, Neil. *H.L.A.Hart* (Londres: Edward Arnold, 1981) pp. 37-40. Raz, por su parte, parece sostener que es posible describir *a pesar* de que para ello debamos enrolarnos en argumentos evaluativos. Cfr. Cfr. Raz, J. "Two Views of the Nature of the Theory of Law. A Partial Comparison" en Coleman, Jules (ed) *Hart´s Postscript. Essays on the Postscript to the Concept of Law* (Oxford: Oxford University Press, 2001) p. 21.

[26] Lo que se le critica a Dworkin precisamente es que la caracterización que termina ofreciendo del derecho es de tipo *provincial* o *local*, es decir, que termina por reconstruir como características de todo derecho lo que en realidad serían (y esto todavía está en discusión) características propias del derecho norteamericano. Cfr. Raz, J. "Two Views of the Nature of the Theory of Law. A Partial Comparison" en Coleman, Jules (ed) *Hart´s Postscript. Essays on the Postscript to the Concept of Law* (Oxford: Oxford University Press, 2001) pp. 27-28 y 35-37.

No obstante, se ha sostenido en el último tiempo que el verdadero desafío a la teoría iuspositivista no es el presentado por Dworkin, sino en realidad el propuesto por Finnis[27]. Una de las razones que justifica esta afirmación radica en que es posible afirmar que Finnis ha aceptado un aspecto metodológico central del giro hermenéutico hartiano, i.e.: ha concedido que dar cuenta de un fenómeno como el derecho sólo puede llevarse a cabo comprendiendo lo que los participantes *ven* (punto de vista interno) en las reglas. En este sentido, Finnis ha sostenido que:

> "*…las acciones, prácticas, etc., sólo pueden ser entendidas mediante la comprensión de sus cometidos centrales, es decir, entendiendo sus objetivos, sus valores, su significado e importancia en la misma forma en que es concebida por las personas que los tienen en cuenta y adhieren a ellos…*"[28]

Para Leiter esto es precisamente lo que acerca (en términos metodológicos) a Hart y Finnis, y pone a este último en una posición de prioridad con respecto a Dworkin en la contienda por el título de "anti-iuspositivista más importante". En este sentido Leiter sostiene:

> "*…la última observación, sin embargo, no implica una disputa entre la teoría descriptiva de Hart, ya que Hart mismo acepta la restricción hermenéutica propia de las descripciones de los fenómenos sociales, es decir, aquélla según la cual una descripción adecuada de una práctica humana y social debe hacerse cargo de cómo los participantes en la práctica entienden su significado y propósito…"*[29]

---

[27] Cfr. Leiter, Brian. "Beyond the Hart/Dworkin Debate: The Methodology Problem in Jurisprudence" en *American Journal of Jurisprudence*, 48, 2003, pp. 17-51. Aunque estoy de acuerdo con parte de los postulados de Leiter, considero algo exagerado sostener que el verdadero desafio al iuspositivismo lo constituye el iusnaturalismo. Es posible mostrar, cosa que no haré aquí, que iuspositivistas clásicos como Kelsen comparten con iusnaturalistas ciertos aspectos metodológicos (los cuales unos imputan a la *racionalidad* y otros a la *naturaleza*). En todo caso habría que distiguir entre dos tipos de desafíos al iuspositivismo: uno interno al discurso anglosajón (en donde Finnis sí representaría el máximo interlocutor del iuspositivismo) y uno externo que es representado por la Escuela Crítica que dirige sus ataques tanto a las reconstrucciones iusnaturalistas como a las iuspositivistas. No entraré en esta discusión aquí. Al respecto puede verse Ruiz, A.E.C, "Derecho, Democracia y teorías críticas al fin del siglo" en en Courtis, C. (comp.) *Desde otra mirada. Textos de teoría crítica del derecho* (Buenos Aires: Eudeba, 2001) pp. 10 y 11 y más en general Cárcova, C. "Iusnaturalismo y positivismo jurídico: un debate superado", en *Derecho, Política y Magistratura*, Biblos, Buenos Aires, 1996.

[28] [la traducción es mía, en el original "…the actions, practices, etc., can be fully understood only by understanding their point, that is to say their objective, their value, their significance or importance, as conceived by the people who performed them, engaged in them, etc."]. Cfr. Finnis, J. ob. cit. p. 3.

[29] [la traducción es mía, en el original "…the latter observation, however, states no dispute with Hart's descriptive Jurisprudence, since Hart too accepts the hermeneutic constraint on accounts of social phenomena: to wit, that an adequate description of a human social practice must attend to how the participants in the practice understand its meaning and purpose…"] Cfr. Leiter, B. ob. cit. p. 33.

En consecuencia, sostiene Leiter, la auténtica disputa entre Hart y Finnis consiste en que el último afirma que si la preocupación teórica radica en dar cuenta de los casos centrales del derecho, y estos hacen referencia a cuestiones evaluativas basadas sobre las nociones de importancia, relevancia y razonabilidad práctica [*practical reasonableness*], entonces se debe echar mano a esas categorías al momento de describir. Un teórico del derecho debe, dice Finnis, considerar no sólo la existencia del derecho sino dar cuenta (cosa que no haría Hart) de por qué es valioso o relevante para una comunidad el poseer eso que poseen, esto es: el derecho[30]. Para Leiter, esto constituye en Finnis un *non-sequitur* con respecto a las premisas teóricas de partida (punto de vista interno, concepción hermenéutica, etc.). Veamos ahora cuáles son para Leiter las premisas a partir de las cuales Finnis incurre en este non-sequitur.

Según Leiter, Finnis injustificadamente ha concluido, desde puntos de partida epistemológicos-hermenéuticos, que se debe dar cuenta del valor, importancia y racionalidad práctica del derecho *utilizando* esos mismos valores. La crítica al non-sequitur tendría el siguiente contenido: del hecho que hayamos asumido que hay que entender qué tipo de razones *ven* este conjunto de juristas en el derecho, no se sigue que esas razones sean las que tiene en mente Finnis, ni que haya que hacerlo de la forma que piensa Finnis. Es posible describir los compromisos prácticos (hacia el derecho) que detenta un grupo, pero de ello no se sigue necesariamente que ese grupo tenga o desarrolle compromisos prácticos hacia el derecho basados en valores, importancia o razonabilidad práctica. Y, lo que sería más grave para Finnis, de ello no se sigue que en la selección y análisis de esos hechos sea el mismo teórico quien deba desarrollar valoraciones o evaluaciones teniendo en cuenta esos elementos. Aunque sea cierto que en el grupo analizado las evaluaciones proliferan (y este es todavía un debate abierto), no es cierto que para la selección y descripción de esas evaluaciones tengamos tambien *nosotros* como teóricos que entender el derecho a través de esas categorías. En definitiva, Leiter está sosteniendo que, aún cuando se asuma que el grupo posee ciertas categorías evaluativas para reconocer y seguir el derecho, de ello no se sigue que el teórico no pueda describir esas categorías (mencionarlas) sin usarlas. Por tanto:

i) está en disputa que los compromisos prácticos del grupo analizado consistan en ver en el derecho ciertas propiedades evaluativas o morales,

[30] Dice Finnis "…In relation to law, the most important things for the theorist to know and describe are the things which in the judgement of the theorist, make important from a practical viewpoint to have law…". Cfr. Finnis, J. ob. cit. p. 16.

ii) concediendo "i", ello no nos fuerza a aceptar que el teórico deba utilizar esas mismas categorías para el análisis del objeto (el derecho);

Según Leiter la *genealogía* de este non-sequitur puede reconducirse a parte de los postulados post-Quineanos y post-Kuhnianos según los cuales no es posible describir ciertos hechos sin carga teórica alguna. El legado de Quine y Kuhn (erróneamente utilizado por Finnis) sostendría que es imposible describir un cierto hecho sin hacerlo, al mismo tiempo, con cierta carga teórica. Según Quine y Kuhn, en resumidas cuentas, no existiría descripción sin valoración y, por tanto, no existe ningún enunciado que pueda reclamar los créditos de objetividad o imparcialidad frente a los hechos. Esto equivale a poner en crisis el viejo ideal de *eine wertfreie Wissenschaft* (Weber). Nuestros enunciados teóricos, recuerdan estos autores, son estructuralmente teórico-dependientes [*theory-ladden*]. Leiter, sin contestar a este postulado, se limita a sostener que teóricos como Finnis han banalizado este presupuesto teórico, creyendo ver en él la confirmación de que la descripción de hechos prácticos (que ya Finnis asume con cierto contenido evaluativo) no puede hacerse sin utilizar de una u otra manera las mismas categorías que utiliza el grupo analizado. En fin, que describir prácticas evaluativas (como el derecho) no puede ser hecho sin cierta *intoxicación*. Finnis estaría afirmando que si el derecho consiste en valores, y queremos dar cuenta de esos valores, entonces debemos no sólo mencionarlos (como afirmaría un Hartiano) sino también usarlos.

En palabras de Leiter:

> "*…en la formulación de Finnis el non-sequitur tiene lugar…como resultado de lo que llamaré 'la Verdad o Afirmación Banal' según la cual '..las evaluaciones…constituyen un componente indispensable y decisivo en la selección o formación de cualesquiera conceptos a ser utilizados en la descripción de los aspectos de las cuestiones humanas tales como el derecho o el orden jurídico…' del cual se seguiría la afirmación de que la evaluación en cuestión implica '…decidir cuáles son las exigencias de razonabilidad práctica* [practical reasonableness] *que realmente existen…'. Yo considero como la 'Verdad o Afirmación Banal' el legado innegable de la filosofía de la ciencia post-Kuhniana y post-Quineana según el cual no existe tal cosa como la investigación carente de presuposiciones, o a partir de hechos que estén privados de 'carga teórica'. Pero eso está bastante lejos de la afirmación según la cual las presuposiciones propias de la empresa descriptiva requieren juicios o enunciados del tipo que Finnis llama ' razonabilidad práctica' ...o que el punto de vista desde el cual esos enunciados sobre la 'importancia' o 'relevancia' son hechos corresponda necesariamente a un 'punto de vista práctico'…"*[31]

[31] [la traducción es mía, en el original "… In Finnis's formulation, the non-sequitur occurs in the slide from what I will refer to as the "Banal Truth" that "evaluations... are an indispensable and decisive component in the selection or formation of any concepts for use in description

El núcleo básico de la crítica de Leiter a Finnis puede resumirse utilizando precisamente la expresión acuñada por las visiones de Quine y Kuhn. Ellos sostienen, en lo que se considera un *topos* en Filosofía de la ciencia y del lenguaje, que todo análisis de los hechos es irremediablemente *theory-laden* (teórico-dependiente). Leiter estaría sosteniendo que del hecho que nuestros análisis sean *theory-laden*, no se sigue que sean también *morally-laden.* Llamaré al non-sequitur atribuído por Leiter a Finnis, el ***non-sequitur descriptivo***. El non-sequitur descriptivo tendría la siguiente estructura:

i) asume que la empresa teórica de descripción del derecho debe partir de un punto de vista *hermenéutico*;

ii) sostiene que las descripciones no están privadas de valoración o carga teórica [*theory-free*];

iii) dado que las descripciones son teórico-dependientes [*theory-laden*], por tanto son evaluativamente dependientes [*morally-laden*].

Sin embargo, en los párrafos que siguen me gustaría sostener que: aunque es innegable que Finnis asume el punto de vista hermenéutico; y es consciente del problema de la carga teórica o valorativa de los enunciados descriptivos, no es en *virtud* de ello que concluye que debe darse cuenta del derecho a través de esos valores. En definitiva, que aunque puede ser cierto que Finnis asume i-ii, no es cierto que, como cree Leiter, *por ello* concluye iii. Es más, trataré de poner en duda que la conclusión de Finnis sea precisamente la que quiere extraer Leiter del análisis de su trabajo. Simplemente trataré de mostrar que no surge tan claro del texto y párrafo citados que Finnis esté afirmando lo que Leiter pretende, i.e., que dado que nuestros juicios son teórico-dependientes [*theory laden*] por ello son moral o evaluativamente-dependientes [*morally-laden*]. Mi estrategia será mostrar que Finnis concuerda con Hart en "i" y disiente sobre el resultado de dicho punto de partida. Esto es, sobre el tipo de hechos que se verifican o constatan en el derecho (el contenido de las sentencias, la actitud de los participantes hacia las reglas, etc.).

Como se ha dicho previamente, existe un punto de convergencia entre la teoría de Hart y la de Finnis: ambos autores estarían de acuerdo en cuanto a las bases epistemológicas a partir de las cuales puede realizarse

---

of such aspects of human affairs as law or legal order" to the claim that the evaluation in question involves "decid[ing] what the requirements of practical reasonableness really are." I take the Banal Truth to be the uncontested legacy of post-Kuhnian and post-Quinean philosophy of science: there is no such thing as a presuppositionless inquiry, of facts that are 'theory-free,' and so on. But that goes no distance at all to establishing that the presuppositions of the descriptive enterprise require judgments about what Finnis calls "practical reasonableness" or that the viewpoint from which 'importance' and 'significance' are assessed is the 'practical view point'…"] Cfr. Leiter, B. op. cit. p. 34.

una investigación en el terreno social (i). El punto de partida hermenéutico precisamente sostiene (como respuesta, p.ej. a los desafíos realistas) que si se quiere dar cuenta de la dimensión social de las reglas es necesario no sólo describir su seguimiento como mera regularidad, sino también dar cuenta de lo que los seguidores de reglas ven en ellas. Para Hart, paradigmáticamente, los participantes de una práctica observan a la regla como una razón para adecuarse a lo que ella impone y para criticar su desvío o violación. Aceptan a ella como razón para guiar sus conductas y para criticar la de los demás. Sin dar cuenta de este punto de vista interno hacia las reglas, un análisis del derecho se perdería de toda una dimensión explicativa del derecho como fenómeno social, debiendo reducirse a la mera constatación estadística de la regularidad y a la previsión de las reacciones futuras de los participantes. Hasta aquí el consenso entre Hart y Finnis. Sin embargo, gran parte de las críticas que se le han dirigido a Hart consisten en sostener que éste no ha tomado partido por el *contenido* de esas razones. Se sostiene que existirían buenos motivos para pensar que lo que los participantes ven como razón es en realidad una razón basada en valores morales. Por tanto, se sostiene, reconstruir el seguimiento de las reglas jurídicas en términos de razones es una condición necesaria para una descripción completa del fenómeno social del derecho, pero no suficiente. Se necesita, además, dar cuenta del contenido de esas razones que los participantes aceptan el cual no podría ser otro, se concluye, que moral o evaluativo. Hart, en respuesta a esto, ha sostenido claramente que el hecho que los individuos tomen a una regla como razón para la acción, la acepten y estén dispuestos a criticar su desobedencia, no implica necesariamente que dicho contenido sea de tipo moral. Es perfectamente posible, sostiene Hart, aceptar una regla por los más diversos motivos, los cuales no pueden reducirse (so pena de arbitrariedad) a meros motivos o razones morales. El derecho y sus reglas, sostiene Hart, pueden ser aceptados por las razones más diversas: como el oportunismo, cálculo, inercia, etc.[32]. Finnis, en cambio, está convencido de que los participantes conciben a las reglas jurídicas como algo inextricablemente ligado a la evaluación y a los valores morales. Mientras que Hart sostiene que la aceptación y contenido de las reglas no necesariamente incluye (en las sociedades modernas) contenidos de tipo moral, Finnis sostiene que observando las mismas prácticas a las que hace alusión Hart, pueden obtenerse conclusiones diversas. En este sentido puede sostenerse que Hart y Finnis concuerdan sobre la metodología ("i") pero disienten sobre los hechos: mientras que uno cree haber constatado que de hecho existen reglas no basadas o no aceptadas por razones

[32] Cfr. H.L.Hart, *The Concept of Law* (1961), ed. por S. Bullock y J. Raz (Oxford: Clarendon 1994), p. 203.

morales, el otro cree que todas las reglas son seguidas en base a razones morales y aceptadas en virtud de cuestiones evaluativas (al menos en los casos centrales del derecho). Como puede verse de esta reconstrucción, el disenso entre Finnis y Hart parece ser de tipo empírico o fáctico. Ambos concuerdan sobre las precauciones que habría que tomar para analizar un fenómeno social (enfoque hermenéutico) pero no concuerdan en los resultados que arroja la investigación, una vez tomadas esas precauciones. No resulta para nada claro cómo podría zanjarse una disputa de este género, i.e. sobre cuáles son los hechos que realmente existen en nuestras prácticas jurídicas (si aquéllos que toman a la regla como una razón sin tener en cuenta razones evaluativas o morales, o aquéllos que toman a la regla como una razón conectada con consideraciones morales). En todo caso está lejos de ser claro cuál sería el *tribunal* que debería decidir o mensurar el resultado de estas dos investigaciones, declarando el error de una y el acierto de la otra sobre los *hechos prácticos*[33]. Una gran cantidad de casos judiciales muestran que los jueces siguen reglas sin tener en cuenta necesariamente razones de tipo moral (e identificando y aplicando el derecho de acuerdo al pedigree o su fuente social) mientras que otra gran cantidad no menos importante muestra que los jueces conciben al derecho como algo dependiente de fuentes sustanciales o morales. En todo caso parece claro que si Hart asumiese como resultado de su observación lo mismo que Finnis (i.e. que las actitudes hacia el derecho de los participantes incluyen aspectos evaluativos o morales) aceptaría la necesidad de dar cuenta del derecho en términos de valores y no de fuentes sociales. Si fuese cierto que todas las razones que ven los participantes en las reglas se reconducen a valores morales ello forzaría de una manera u otra a dar cuenta de ello de una forma análoga a como dan cuenta los participantes, i.e. mediante juicios y enunciados de valor. Si dar cuenta de lo que *ellos* ven en el derecho supone al menos dar cuenta de eso *en los mismos* términos en que lo hace el grupo analizado (so pena de pérdida del poder explicativo de nuestra teoría), parece forzosa la conclusión de que en el caso de que le asista razón a Finnis, sólo podría describirse el derecho utilizando al menos categorías y enunciados análogos a los que tienen en cuenta el grupo bajo análisis, i.e. mediante la utilización de términos conectados o relacionados con la valoración moral[34].

---

[33] Con *tribunal* me refiero aquí expresamente a la expresión acuñada por Quine según la cual se plantea la posibilidad y conveniencia de reconducir nuestras disputas al tribunal de la experiencia (método empírico) o a otro diverso (como querría un racionalista o iusnaturalista).

[34] Hart podría redoblar la apuesta, sosteniendo que ello tampoco nos compromete con utilizar términos evaluativos o morales a la hora de describir las prácticas (que ya hemos asumido como valorativas o conectadas con la moral). Si esa fuese la respuesta, ello acarrearía un

Es posible entonces reconstruir la divergencia entre Hart y Finnis como un acuerdo sobre la metodología y un desacuerdo sobre los hechos que se obtienen u observan a partir de aquélla. Si esto es así, entonces es falso que Finnis haya incurrido en el non-sequitur descriptivo que le atribuye Leiter. En efecto, bajo la perspectiva que aquí se propone, Finnis no está diciendo que dado que nuestras descripciones son teórico-dependientes (intoxicadas por las valoraciones, *theory-laden*) entonces son valorativamente-dependientes [*morally-laden*]. La conclusión de que en efecto los participantes conciben al derecho y a las reglas como una práctica basada en valores sustanciales y no en fuentes sociales no se sigue de los puntos de partida epistemológicos o metodológicos de Finnis (de ser así incurriría en el non-sequitur descriptivo) sino de los hechos que él cree observar una vez que ha realizado su investigación social con ciertas precauciones. Finnis cree haber constatado una propiedad persistente en el derecho según la cual concebimos al derecho como una práctica relacionada con valores sustanciales y que privar al análisis del derecho de este componente nos dejaría sin posibilidad de describir el aspecto central del fenómeno. Sostiene, en definitiva, que el derecho es una cuestión de valores *una vez* que hemos realizado nuestra investigación con ciertas precauciones metodológicas y no *porque* la hemos realizado con esas precauciones. No existe non-sequitur alguno en sostener que en la investigación se adopta un punto de partida hermenéutico y que el resultado de la investigación arroja como hechos sociales un conjunto de fenómenos conectados con la moral. Es cierto, sin embargo, que Finnis termina sosteniendo que los enunciados teóricos son dependientes de evaluaciones morales [*morally laden*] pero sostiene ello como resultado de la conjunción entre los puntos de partida metodológicos y el resultado que la observación de las prácticas ha arrojado, y no sólo, como pretende Leiter, como consecuencia de los primeros. Por tanto Finnis sostendría:

i) que la empresa teórica de descripción del derecho debe partir de un punto de vista *hermenéutico*;

ii) que el derecho es una cuestión de valores morales o de actitudes morales hacia el derecho;

---

efecto dominó precisamente sobre su punto de partida herméutico porque estaría afirmando que podemos dar cuenta de un punto de vista interno (en este caso eminentemente moral o valorativo) en términos **completamente extraños** al lenguaje en que son formulados y reconocidos dichos valores. Estaría en definitiva, abandonando la idea según la cual una explicación es mejor que otra si acerca lo más posible a los términos en que la comunidad analizada concibe un fenómeno. Parece existir una cierta contradicción en sostener que estamos comprometidos en describir y dar cuenta de los fenómenos sociales de un grupo de acuerdo *a como ellos los conciben* y el sostener, a su vez, que podemos hacer ello en términos completamente extraños a la terminología y concepción analizada.

iii) que las descripciones no están privadas de valoración o carga teórica [*theory-free*];

iv) que dado que "i" y "ii" son verdaderas, no puede realizarse un análisis del derecho, sin que ello implique necesariamente asumir en el análisis el tipo de valoraciones que se tienen en cuenta en el fenómeno analizado;

Es precisamente "ii" el punto de disenso entre Hart y Finnis. Es sólo porque Finnis asume la conjunción entre un punto de partida epistemológico y cierto resultado de la investigación realizado a partir de ellos, que afirma que los hechos existentes deben describirse realizando al menos las mismas asunciones y valoraciones que se llevan a cabo en el lenguaje objeto. Dado que Hart no asume"ii" como propiedad necesaria de todos los sistemas jurídicos, puede concluir que no es necesario realizar valoraciones del tipo que tiene en mente Finnis. Para Hart, y no para Finnis, todo lo que arroja nuestra investigación sociológica sobre los sistemas jurídicos modernos es cierta estructura conceptual que permanece (unión de reglas primarias y secundarias, reglas como razones, etc.) y un conjunto de propiedades que no permanecen (recurso a la moral, contenido evaluativo de las razones etc.). En términos de Raz:

> "*...una característica central de la explicación de Hart acerca de la naturaleza del derecho se refiere a que este, en última instancia, es absolutamente independiente de su contenido [sustancial]. Es decir, que los criterios fundamentales para decidir la validez, aquéllos cuya existencia no presupone a su vez otros, son completamente y en última instancia independientes de su contenido. La teoría del derecho sostiene que los sistemas jurídicos son sistemas con cierta estructura (que incluye autoridades de producción y aplicación de leyes). Pero, más allá de ello, todo lo demás es contingente. El contenido del derecho y la específica identidad y poder de sus instituciones es completamente dependiente de la prácticas de cada país, esto es, de su regla de reconocimiento...*"[35]

Para Finnis, en cambio permanece no sólo la estructura conceptual remarcada por Hart sino otra más importante: el recurso a valores o evaluaciones morales.

---

[35] [la traducción es mía, en el original: "....a central feature of Hart´s explanation of the nature of law is that it is just about absolutely content-independent at bottom. That is, the fundamental criteria for validity, those whose existence does not presuppose others, are almost entirely content-independent at bottom. Jurisprudence stipulates that legal systems are systems with a certain structure (including law-making and law-applying authorities). But beyond that, all is contingent. The content of the law and the specific identity and powers of its institutions are entirely dependent on the relevant practices in the country, i.e. on its rule of recognition....."] Raz, Joseph. "Two Views of the Nature of the Theory of Law. A Partial Comparison" en Coleman, Jules (ed) *Hart´s Postscript. Essays on the Postscript to the Concept of Law* (Oxford: Oxford University Press, 2001).

En síntesis, aunque puede ser discutible la afirmación empírica o fáctica de Finnis, parece cierto que dicha afirmación no se debe a un non-sequitur como cree Leiter. Finnis sostiene que una vez analizados los hechos con cierta cautela, ellos muestran una cierta conexión lógica con ciertos valores. Y que dado que hemos asumido describir estos hechos sociales de la forma más cercana a como se realiza en la comunidad analizada, no queda otra salida que tratar de dar cuenta de esos valores utilizando en la medida de lo posible las nociones que los participantes usan. Hart en cambio, no cree que los participantes de todo sistema jurídico utilicen esas nociones con contenido sustancial. Por tanto puede mantenerse respetuoso al *approach* hermenéutico ("describe los hechos dando cuenta de la clase de cosas que ellos ven en esas prácticas") formulando sus análisis en términos no evaluativos. Creo que es posible concluir que si Hart aceptara "ii" (coincidiera con Finnis sobre la *naturaleza* de los hechos prácticos analizados) se vería obligado por el *approach* hermenéutico a dar cuenta de esos hechos al menos en términos no absolutamente extraños a los términos en que se expresan y actúan los participantes, i.e. utilizando términos valorativos. Independientemente de esto, parece claro que Finnis no incurre en la banalización del legado post-Quineano y post-Kuhniano como pretende Leiter. Finnis no sostiene que dado que nuestros enunciados son teórico-dependientes, entonces son evaluativo-dependientes. Más bien está diciendo que nuestros enunciados son teórico-dependientes y que deben utilizarse con cierta cautela metodológica. Y que *una vez* tomada en cuenta la debida cautela, su investigación arroja como resultado que los hechos así analizados **tienen contenido moral o evaluativo**. En síntesis, el *non-sequitur descriptivo* no sería atribuible a Finnis dado que él no sostiene que nuestras descripciones son moral o evaluativamente-dependientes *porque* son teórico-dependientes, sino más bien porque cree que de hecho el derecho consiste en valores. Su afirmación se reduce a sostener que nuestros enunciados descriptivos son evaluativamente-dependientes *porque* el derecho es evaluativamente-dependiente.

Una vez aclarada la diferencia entre estos dos *non-sequitur* me interesa volver a la noción de non-sequitur interpretativo tratando de mostrar que a través de ella se olvida la utilización de la *guillotina de Hume* y se impide la descripción de fenómenos sociales de manera adecuada.

V. La falacia naturalista y la idealización de los procesos de decisión colectiva

Uno de los aspectos más discutidos en Filosofia analítica –al menos hasta el segundo tercio del siglo XX– ha sido la posibilidad de derivar enunciados prescriptivos de enunciados descriptivos o, más simplemente, de derivar una obligación de una descripción [*Ought from Is*]. En base a postulados que

encuentran sus raíces en Hume, se ha sostenido que existe un cierto salto o abismo lógico entre enunciados de estos dos tipos. La problemática y desafío que se genera a raíz de las afirmaciones de Hume ha sido denominada como el problema de la *Guillotina de Hume*[36]. Esta discusión se relaciona estrechamente con la posibilidad de construir a su vez una lógica de normas. Si la noción de consecuencia lógica está íntimamente ligada con la noción de verdad y falsedad de los enunciados contenidos en un razonamiento, y si es cierto que las normas no son verdaderas ni falsas, entonces parece cierto que no puede construirse una lógica de normas. Los problemas, entonces, se subdividen en dos grandes grupos[37]:

i) ¿Es posible construir un puente entre enunciados descriptivos y prescriptivos, entre ser y deber ser? (discusión que ha tenido como principales protagonistas a Jørgensen, Black y Searle);

ii) ¿Son las normas verdaderas o falsas?.

La respuesta relativa al primer interrogante depende en gran medida de la respuesta (y postura) que se adopte con respecto al segundo. Existen dos tipos de respuestas con respecto a éste último. Aquélla que responde con un rotundo "no, las normas no son ni verdaderas ni falsas" y aquélla que responde afirmativamente. Esto a su vez divide el enfoque sobre las normas en dos grandes grupos: prescriptivismo (no cognitivismo) y descriptivismo (cognitivismo).

El prescriptivista sostiene que las normas no tienen valor de verdad y que su existencia depende de una proferencia o expresión de deseo o voluntad de una persona o grupo de personas (llámese a esta autoridad normativa, autoridad legislativa, etc.). Cuando una persona sostiene que existe una norma por la cual se debe hacer *A* o bien expresa que ese es su deseo (caso de legislación autónoma, el individuo decide una norma a la cual someterse) o sostiene que ese es el deseo de un grupo de personas (caso de legislación heterónoma). En todo caso, sostener que existe una norma bajo esta concepción es sostener al menos un deseo y predisposición a ajustar la conducta al estado de cosas previsto en la norma y sólo eso. En términos del dilema del *Eutifrón* (Platón) algo no se quiere o desea porque es debido (bueno, valioso, etc.) sino que algo es debido (bueno o valioso, etc.) porque se desea. Es debido porque se desea, y no a la inversa. En este caso el aspecto decisivo o

---

[36] La expresión proviene de Max Black. "The Gap between 'Is' and 'Should'», *Philosophical Review*, 73 (1964).

[37] Sigo en este punto la presentación hecha por G.H.Von Wright en "Is and Ought" en Bulygin E., Gardies, J-L y Niiniluoto, I. (eds.) *Man, Law and Modern Forms of Life* (Boston: Kluwer Academic Publishers, 1985) pp. 263-281.

volitivo (en el prescriptivismo) tiene una capacidad constitutiva de un deber. Se debe porque se desea[38].

El cognitivismo, por su parte, afirma rotundamente la posibilidad de hablar de normas y valores en términos de verdad y falsedad. Para esta perspectiva, no habría ninguna dificultad en construir una lógica de normas standard utilizando la idea de consecuencia lógica. Asumir que las normas son verdaderas o falsas supone, por un lado, asumir un presupesto ontológico más fuerte que el que asume el prescriptivismo y, por el otro, borrar del mapa el problema del salto o abismo lógico entre la isla del ser y la del deber ser. El cognitivismo afirma, en resumidas cuentas, (y este es el caso del iusnaturalismo) que no se entiende muy bien porqué habría que construir un puente entre dos lugares ubicados en la *misma* tierra firme.

Independientemente de esta discusión (en la que no pretendo entrar en este trabajo), parece innegable que un iuspositivista coherente debería sin duda ubicarse en el campo no-cognitivista o prescriptivista de las normas y de allí sostener que aquéllo que parece un salto lógico es en realidad un producto de la decisión humana individual o grupal (v.g. del Poder Legislativo). La guillotina de Hume sirve precisamente para desenmascarar (si es que se asume que hay algo que desenmascarar) el paso de premisas descriptivas a prescriptivas encubierto bajo afirmaciones iusnaturalistas como "*…existe, por tanto es bueno; es bueno, por tanto es debido…"*. Lo que trata de mostrar un prescriptivista (y un iuspositivista en general) es que entre estas tres premisas existe al menos una decisión de un grupo de personas dirigida a lograr que el mundo cambie o se adapte en algún aspecto. Dicho más simplemente, que existe una decisión imputable a alguien y toca a nosotros ver quién la ha realizado, **cuál es su contenido** y en qué medida ella se encuentra justificada de acuerdo a otros valores (políticos, prudenciales, etc.). Por tanto el rendimiento de esta categoría radica precisamente en que reduce la existencia de obligaciones jurídicas a la decisión de sujetos y, como consecuencia, no reconstruye a esos deberes como imputables a cómo es el mundo o a cómo es la naturaleza. La actividad del científico del derecho en este caso consiste en detectar cuándo se ha decidido que un cierto estado de cosas tenga lugar (se ha dictado una norma), **cuál es su contenido** y porqué esa decisión puede ser plausible, razonable o criticable. Parece claro que esto no puede ser hecho sino se detecta cierto problema en el paso de

[38] En términos de Von Wright "el asentir (o aceptar) una norma no es afirmar su verdad –y el no asentirla (o no aceptarla) no implica negar su verdad. Aseverar o rechazar una norma se parece más a un acto de legislación o de otorgamiento de una norma a uno mismo" [la traducción es mía, en el original "…to assent a norm is not to affirm a truth –and to dissent is not denial (of truth). To assent (or dissent) is more like an act of legislation or norm-giving itself….", ob. cit. p. 278.

premisas descriptivas a prescriptivas y no se asume que hay alguien que ha decidido que el mundo debe ser así. El prescriptivismo, el iuspositivismo en general, de la mano de la guillotina de Hume pretende sostener:

i) por un lado que no existen deberes *per se*, o naturales;

ii) por el otro, que es necesario aceptar un salto lógico entre ser y deber ser si queremos encontrarnos en condiciones de detectar dónde se ha cometido el salto y quién lo ha llevado a cabo[39];

iii) y, por "ii", que el contenido y alcance de esos deberes depende del contenido y alcance de la decisión humana, esto es, de la efectiva forma en que esos sujetos han decidido ordenar el mundo y qué cosas han tenido en cuenta al formular una norma;

Enfoques como los de Schauer-Atienza-Ruiz Manero mezclan injustificadamente estas máximas iuspositivistas con ciertas nociones iusnaturalistas y asumen que las decisiones humanas (las normas promulgadas) tienen *necesariamente* un cierto contenido (razones subyacentes o base justificante) lo cual, como se mostró más arriba, constituye un non-sequitur *interpretativo*. Si asumimos que los deberes son un producto humano (fuentes sociales) y que, por tanto, el contenido de ese deber *creado* depende de lo que ese grupo humano realmente tenía en mente al momento de dictarlo (y no aquéllo que idealmente deberían tener en cuenta al momento de legislar) se puede concluir que no es cierto que siempre tras el dictado de una norma (tras la decisión prescriptivista) existan razones subyacentes (entendidas en sentido evaluativo). La guillotina de Hume en conjunción con el prescriptivismo muestra que los deberes tienen el contenido que tienen dependiendo de lo que quiso o no el grupo de sujetos que los promulga y no el contenido que *deberían* tener de acuerdo a otro sistemas de valores. En todo caso, que la adecuación entre los deberes existentes (dictados por la autoridad) y cierto sistema de valores es un aspecto contingente. No sólo puede ser cierto que

[39] En realidad la tesis de, p. ej. Von Wright, trata de mostrar que no habría tal cosa como un salto porque el deber en cuestión no nace de los hechos, sino de cierta decisión normativa. En todo caso lo que Von Wright estaría asumiendo es que o bien asumimos que el puente entre ser y deber es insalvable, o bien asumimos que no estamos saltando de un punto hacia el otro, sino que siempre nos hemos movido en el terreno de los deberes y las consecuencias que se siguen de ellos. En este sentido me aventuro a decir que la estrategia de Von Wright es precisamente la negación de la estrategia naturalista. Esta dice que no hay necesidad de un puente porque todos los aspectos se encuentran en el mismo ámbito del ser, mientras que Von Wright estaría sosteniendo que no hay necesidad de un puente, porque seguimos hablando (si somos prescriptivistas) de deberes y las consecuencias que se siguen de ellos. Agrega, en esta línea, que la sensación de este salto viene dada por una confusón de planos entre lo que la norma prescribe y el estado de cosas que debería existir en el mundo para que esa norma fuese satisfecha (diferencia entre deber "normativo" y deber "técnico" relativo a la relación entre medios y fines). Cfr. ob. cit. pp. 276 y 277.

el poder legislativo tenga en cuenta una base axiológica distinta a la que poseemos nosotros (caso de discordancia entre dos esquemas axiológicos) sino que puede ser también cierto que la autoridad no tenga en cuenta ninguno. Asumir que el legislador en cada promulgación de una norma tiene en cuenta *al menos* una base axiológica o justificante a partir de la cual decide lo que decide es precisamente asumir lo que un iuspositivista debería negar. Siempre y cuando se pretenda conservar la posibilidad de distinguir entre lo que el derecho de *hecho es*, y lo que *debería ser*. Un iuspositivista traiciona sus puntos de partida metodológicos no sólo cuando colapsa el sistema axiológico utilizado por el legislador en su propio sistema de valores, sino también cuando asume que sea cual sea el caso, el legislador siempre tiene *al menos* un sistema de valores que pretende favorecer o desalentar.

A su vez, la conjunción de estas herramientas metodológicas (diferenciación entre hecho y valor, inderivabilidad del ser del deber ser, guillotina de Hume, normas como producto de decisiones humanas, prescriptivismo, etc.) no sólo constituye una herramienta de análisis fundamental para quien, como el iuspositivista, decide limitarse a describir los aspectos estructurales o conceptuales de un sistema jurídico, sino también para quien decide describirlos *y* someterlos a crítica (apelando a la historia, la economía, la sociología, la política, etc.)[40]. Es precisamente la vertiente *Crítica* quien ha insistido en la necesidad de desmitificar los procesos de legislación y decisión colectiva, invitando a deconstruir los verdaderos factores que motivan una decisión legislativa (ideológicos, económicos, políticos). No hay porqué pensar que el proceso de legislación se reduzca necesariamente (aunque sería bueno que lo hiciese) a promulgar normas teniendo en cuenta el mejor estado de cosas posible para una determinada comunidad. Más bien, los datos que provienen de la sociología y la historia muestran que en la decisión legislativa intervienen aspectos de los cuales el legislador puede ser completamente consciente

[40] Es posible sostener que críticos y iuspositivistas discrepan precisamente sobre cuáles son los hechos de los que debería dar cuenta una teoría para considerarse *completa* o *satisfactoria*. Hasta donde alcanzo a ver la teoría Crítica en general (y la Argentina en particular) no sostiene que los análisis positivistas (basados en la lógica y la filosofía del lenguaje) sean falsos, sino que son reduccionistas y por tanto insuficientes. En este sentido la escuela Crítica no objeta la incorrección de esas herramientas sino la idea que el análisis del derecho pueda reducirse a esos y sólo a esos aspectos. En este sentido, p. ej., Cárcova afirma "…sin embargo, los positivistas vernáculos suelen incurrir en este respecto en equívocos teóricos y excesos retóricos…., es el carácter reductivo y por lo tanto insuficiente de esa concepción, que sólo considera la dimensión normativa del fenómeno jurídico, dejando 'afuera', esto es, declarando impertinentes, sus dimensiones éticas, políticas, teleológicas, etc., lo que facilita la aureola de sistematicidad de que es portadora…" (el subrayado es mío) Cfr. Cárcova, C.M. "Notas acerca de la Teoría Crítica del Derecho" en Courtis, C. (comp.) *Desde otra mirada. Textos de teoría crítica del derecho* (Buenos Aires: Eudeba, 2001) p. 20.

(favorecimiento de un grupo mayoritario en detrimento de las minorías, favorecimiento de un interés de clase en detrimento de las mayorías, etc.) o completamente inconsciente de la base justificante de sus actos (actuando como *vehículo inconsciente de poder*, para utilizar una frase acuñada por Foucault, i.e. con desconocimiento de cuáles son los valores políticos o morales que está favoreciendo).

En todo caso, la existencia *tras* la regla de una concepción de cómo debería ser el mundo o qué cosa maximizaría el bienestar de un grupo es un aspecto contingente, que dependerá de la calidad y legitimación de cada órgano legislativo en particular. No es para nada obvio que las normas emanadas de la legislatura posean siempre esa carga de *racionalidad* que le pretenden atribuir enfoques como los que incurren en el *non-sequitur interpretativo*. En todo caso sería valioso que el legislador fuese *racional* (y aún resta decidir bajo qué condiciones diríamos que alguien es *racional*) pero de ello no se sigue que de hecho lo sea. Y tampoco se sigue que sea necesario, en el plano interpretativo, atribuir más que una modesta carga de racionalidad basada en lo que aquí se ha llamado *razones conceptuales*.

VI. Conclusiones

i) Es falso que para interpretar un lenguaje jurídico deba presuponerse más cosas que lo que aquí se ha llamado *razones conceptuales*. El montaje teórico de autores como Davidson invita a atribuir sólo este tipo de razones y deja abierta la posibilidad de que la investigación empírica demuestre (contingentemente) que existen lo que aquí se ha llamado *razones evaluativas*;

ii) La confusión entre *razones conceptuales* y *razones evaluativas* puede ser vista como una revitalización del legislador racional, i.e. la creencia según la cual el legislador siempre tiene en cuenta las circunstancias a las cuáles se aplica la regla y formula en base a ello un balance de razones que se concreta en el dictado de una regla con razones subyacentes;

iii) Es posible trazar una distinción entre lo que aquí se ha llamado *non-sequitur interpretativo* y el *non-sequitur descriptivo*. Uno atribuye razones evaluativas como presupuesto o precompromiso de interpretación, el otro atribuye razones evaluativas en base a la creencia (heredada de Quine y Kuhn) según la cual no existen enunciados descriptivos puros (Leiter);

iv) El *non-sequitur descriptivo* no sería atribuible a Finnis dado que él no sostiene que nuestras descripciones son moral o evaluativamente-dependientes *porque* son teórico-dependientes, sino más bien porque cree que de hecho el derecho consiste en valores. Su afirmación se

reduce a sostener que nuestros enunciados descriptivos son evaluativamente-dependientes *porque* el derecho es evaluativamente-dependiente;

v) Reconstrucciones como la de Schauer-Atienza-Ruiz Manero contradicen abiertamente los puntos de partida iuspositivistas (prescriptivismo, tesis de las fuentes sociales, distinción entre ser y deber) dado que sostienen como *necesarias* características del derecho que son sólo *contingentes*;

vi) La distinción entre ser y deber ser y las precauciones metodológicas a las que invita la guillotina de Hume son tanto útiles para un iuspositivista como para quien pretende describir y luego someter a crítica el tipo de relaciones de poder que se suscitan y que explican los procesos de decisión colectivos;

No resulta para nada inusual que algunos teóricos mitifiquen ciertos aspectos del derecho. Esto alcanza por igual a iuspositivistas y iusnaturalistas. En todo caso, sigue siendo valioso esforzarse por mostrar cómo ciertas estrategias conceptuales y semánticas (como las del derecho entendido en función de razones) pueden tanto prestar un valioso servicio teórico como *naturalizar* una cierta forma de pensamiento. La *naturalización* de cierta forma de pensamiento es y será siempre un síntoma o indicio de cierta ideología que merece ser (al menos) revisada y, en el peor de los casos, desechada. El desafío continúa siendo, creo, tratar de detectar cuándo algo que se presenta como necesario es meramente contingente, y qué consecuencias se siguen de tal descubrimiento para la teoría, la política y la moral.

N O T A S

EL ESTILO DE LETIZIA GIANFORMAGGIO

Luigi Ferrajoli
Universidad de Camerino (Italia)

Letizia Gianformaggio ha muerto serenamente de un terrible tumor que se reveló hace un año, manteniendo hasta el final su lucidez. Sobre la obra de esta extraordinaria estudiosa, sus importantes contribuciones a la filosofía y la teoría del Derecho, habrá que reflexionar en detalle, en ensayos y congresos dedicados a ella. Letizia ha sido, de hecho, una de las figuras de mayor relieve internacional en el panorama de la filosofía jurídica, de la filosofía moral y de la filosofía política. Basta pensar en sus innumerables trabajos sobre la argumentación jurídica, sobre la lógica del Derecho, sobre el análisis del lenguaje, sobre metaética, sobre la igualdad, sobre la diferencia y las diferencias, sobre la paz. Recuerdo, entre sus libros, *Gli argomenti di Perelman: dalla neutralità dello scienziato all'imparzialità del giudice* (Comunità); *Diritto e felicità, La teoria del diritto in Helvétius* (Comunità); *Studi sulla giustificazione giuridica* (Giappichelli); *Etica e diritto. Le vie della giustificazione razionale* (Laterza); *Sistemi normativi statici e dinamici* (Giappichelli); *Le ragioni del garantismo* (Giappichelli). Sin embargo, lo que me importa recordar de Letizia es, sobre todo, su gran lección de humanidad y de rigor civil y moral. Letizia había heredado de sus maestros, Norberto Bobbio y Uberto Scarpelli, el rasgo más importante y duradero de la filosofía analítica: la claridad de pensamiento; el valor de las distinciones; la inclinación a la duda; el rechazo de los lugares comunes, aunque estuvieran académicamente acreditados; el espíritu crítico; la concepción laica, racional, anti-ideológica y al mismo tiempo civilmente comprometida de la cultura y de la práctica jurídica. A este estilo intelectual añadía una cierta irónica modestia, en la que se expresaba la conciencia de los límites de nuestro trabajo, en aparente contraste con el sentido alto y severo del deber propio, sobre todo respecto de los jóvenes. Recuerdo siempre su intransigencia, en relación con los colegas, incluso los más competentes; la agudeza e inteligencia de sus críticas, tanto más eficaces en cuanto que desarrolladas con una claridad y simplicidad desarmantes; su compromiso militante, en los últimos años de su vida, con las organizaciones del voluntariado a favor de los inmigrantes. Esta simplicidad y esta serena fuerza de ánimo se ma-

nifestaron de la manera más admirable en la actitud de Letizia frente a la muerte. En este último año de su vida, cuando ya era consciente de no tener ninguna esperanza de supervivencia, ninguno de los que hemos estado cerca le hemos visto jamás lamentarse. Incluso en los últimos días –la he visto por última vez hace algunos días, en el hospital, en Florencia– ha mantenido siempre un coraje extraordinario, como si se preocupase de nuestro dolor más que de su propia suerte.

No será posible llenar el vacío de afecto, además del de pensamiento, dejado por esta muerte prematura. Nos queda el ejemplo de una vida rica y generosa y un legado intelectual todavía en gran parte que repensar y valorar.

(Trad. de Daniel González Lagier)

EL ASUNTO DEL «FUNDAMENTO» PARA LOS DERECHOS HUMANOS: ¡PSEUDOPROBLEMA!

(O bien, cuestión de unas elucidaciones cuasiteológicas)

Enrique P. Haba
Universidad de Costa Rica

RESUMEN. El autor se propone demostrar que la pregunta por el fundamento de los derechos humanos no es una cuestión relevante, ni en el aspecto práctico ni en el teorético. Para ello, recorre los planos del ejercicio, el estrictamente teórico y el metafísico, donde éste se presenta. En el primero, advierte que la cuestión no suele plantearse, por lo que las discusiones sobre el fundamento de los derechos humanos no tienen relevancia práctica. En el segundo, la pregunta por tales fundamentos, sea porque encubre cuestiones empíricas propias de las ciencias sociales o porque señala estructuras del pensamiento, no se presenta como necesaria o habitual. Y, en el plano metafísico, la pregunta supondría reconocer dichos fundamentos como postulados de fe, propios de pensamientos teológicos.

ABSTRACT. The author seeks to demonstrate that the question with respect to the grounds for human rights is not a relevant one, neither in its practical nor in its theoretical sense. In order to do so, he explores the levels of the exercising of these rights, the strictly theoretical level and the metaphysical level, where it appears. In the first level, he points out that the question is not usually raised, which is why discussions on the grounds for human rights have no practical relevance. In the second level, the question with respect to these grounds, whether because it masks empirical questions characteristic of the social sciences or because it makes reference to structures of thought, is a question which does not appear as either necessary or usual. And, on the metaphysical level, the question would mean recognising these grounds as postulates of faith, which belong to theological thought.

> *Para la preservación de esos derechos no es tampoco muy importante proveerlos de unas pseudofundamentaciones, fácilmente refutables; mucho más fundamental es reconocer, y en lo posible conservar, el conjunto de las condiciones sociales bajo las que aquellos resultan posibles y* **eficaces**.
>
> Topitsch[1]

Las elucidaciones sobre el «fundamento» de lo que sea comprendido bajo el membrete *derechos humanos* (DH) son tema favorito en libros, artículos, conferencias, congresos. Llama la atención que se siga produciendo tanta literatura al respecto, máxime teniendo en cuenta que la precisión decisiva sobre ese punto fue hecha –y es bastante conocida– hace muchos años ya:

> «Hoy el problema de fondo relativo a los derechos humanos es no tanto lo de *justificarlos*, sino cómo *protegerlos*. No es un problema filosófico, sino político»[2].

Esa observación no puede ser más pertinente, sin duda, por lo que hace al plano práctico. Empero, a decir verdad, ella por sí sola no basta para responder a la cuestión *teorética* de saber si no será cierto que estos derechos tienen, después de todo, tales o cuales fundamentos, así sea implícitamente. Pudiera ser que los fundamentos en cuestión estén obrando efectivamente, más allá de que sus locutores discursos tengan o no conciencia clara sobre ello. Tal vez podría tratarse de unas condiciones transcendentales (en sentido kantiano) o de cualquier modo básico-estructurales, que acaso «están ahí» como requisito *sine qua non* del pensamiento que comanda la entrada en juego de dichos derechos. Este punto específico, no resuelto mediante la aguda observación de Bobbio, es el que me propongo examinar a continuación. Mi tesis es que ni siquiera en ese plano, de alcance meramente teorético, la cuestión del «fundamento» merece que se dilapide tiempo en elucidarla. Me explicaré[3].

---

[1] E. Topitsch, *Sozialphilosophie zwischen Ideologie und Wissenschaft*, Neuwied y Berlín, 1971: 95 (trad. E.P.H.); el énfasis mediante negritas fue añadido aquí.

[2] N. Bobbio, *El problema de la guerra y las vías de la paz*, Barcelona 1982: 128 [trad. corregida aquí]. Recuérdese la categórica observación que ya Topitsch había formulado anteriormente [*supra*: nota 1].

[3] Puede verse también mi ensayo «¿De *qué* viven los que hablan de derechos humanos (tres tipos de discursos-DH: 'de', 'para', 'con')» [*Doxa*-26 (2003), pp. 869-885] y los resúmenes que he reunido bajo el título: «En torno a las formas de discursear sobre el talismán 'derechos humanos' (Un compendio de observaciones con respecto a maneras de decir mucho y no decir nada)» [en Roque Carrión Wam (editor, compilador), *Derechos humanos/Direitos humanos*. (De las diversas maneras de atraer a los hombres al conocimiento y crítica de sus derechos humanos), Centro Latinoamericano de Investigaciones Jurídicas y Sociales (CELIJS),

El término *fundamento* aparece utilizado ya sea en sentidos muy amplios o según otros mucho más estrictos, en tales o cuales contextos discursivos. En ambos casos suele hacer referencia, *grosso modo*, a algo así como lo siguiente: al sostener que cierto X constituye un o el «fundamento» de Z, se entiende que para poder darse Z (propiamente) es indispensable que también X «esté ahí», sea previa o concomitantemente. Ahora bien, tanto Z como X pueden consistir: **a)** ya sea en unos fenómenos *empíricos* (acontecimientos fácticos, leyes de la naturaleza o regularidades sociales); **b)** o bien, tratarse de unos elementos *discursivos* (ideas, conceptos, valoraciones, estructuras lógicas); o también, **c)** hasta puede que la palabreja se traiga al tapete para encarar unos datos *metafísicos* (Voluntad Divina, esencias o «naturaleza»). Estos tres planos de enfoques caben, por supuesto, también sobre cuestiones de la temática DH.

Plano (a).– Si es cuestión de investigar propiamente esto, *empiria*, la palabra «fundamento» puede ser sustituida con ventaja de claridad –para evitar confusiones con lo propio de los otros dos planos– por la terminología que se usa en el discurso técnico de las ciencias sociales. En tal caso corresponde hablar, simplemente, de: leyes u otras correlaciones fácticas, causas necesarias o suficientes, cuadros estadísticos y otras comprobaciones de probabilidad, en niveles de lo estudiado por la Psicología o la Sociología.

No veo qué pueda valer la pena señalar como «fundamentos» (en el sentido apuntado) de unos «derechos humanos», si ello no ha de consistir en conocimientos proporcionados por las *ciencias* sociales mismas. Se trata ni más ni menos que de ciertas comprobaciones, reales o supuestas, acerca de comportamientos *empíricos* consistentes en las conductas humanas que se incluyan en al área definida mediante aquella denominación; definición convencional, como en toda formulación lingüística. Ahora bien: ni el jurista, ni el filósofo, ni quienes escriben sobre Teoría (básica, epistemología) del Derecho en general, ninguno de ellos dispone de conocimientos especializados propios para decir gran cosa sobre tales respectos. En todo caso, aquellos pueden proponer alguna definición estipulativa de esos derechos, como punto convencional de partida, simplemente con vistas a delimitar un objeto específico de estudio para investigaciones empíricas sobre la materia; mas estas investigaciones mismas serán encomendadas a otros, a científicos sociales.

Solo los propios científicos sociales están en condiciones de investigar *en serio*, esto es, valiéndose para ello de *su* instrumental técnico profesional,

---

Facultad de Derecho-Universidad de Carabobo, Valencia, Venezuela (libro que será publicado próximamente).

dichos aspectos: qué ingredientes de la realidad social y de la mente humana ejercen (¡o no!) tales o cuales influencias, *de hecho*, para que la gente llegue a creer y a actuar en función de ciertos cuerpos de ideas llamados DH. Los «fundamentos» de estos derechos no podrían ser, en tal sentido, sino unas características empírico-antropológicas u otras que son contingentemente empírico-sociales, de los comportamientos humanos respectivos. No es probable que los científicos mismos quieran acudir, tampoco para estudiar tales cuestiones, a una categoría del pensamiento tan propicia a sustentar confusiones, por lo vaga y emocionalizante, como es la palabra «fundamentos».

Plano (b).– Esta cuestión remite a la *lógica* del discurso práctico. Entonces el término «fundamento» necesita recuperar su significado más propio, el sentido *estricto* de esa palabra. De acuerdo con este sentido, la tesis X es fundamento de la tesis Z, cuando es imposible que Z sea aceptado por el *pensamiento* –salvo contradiciéndose– si no se parte de aceptar asimismo X. Ahora bien, tal «imposible» puede referirse a dos ítems muy distintos: **(i)** hay imposibilidades de carácter estrictamente *lógico*; con independencia de eso existen, por otro lado, **(ii***)* posibilidades e imposibilidades de naturaleza *empírico*-intelectual. Muy a menudo las segundas no coinciden con las primeras. No necesariamente lo inadmisible si nos ubicamos en (i), es imposible hallarlo, en la práctica, formando parte de ciertos discursos paralelos del tipo (ii), y viceversa. Es muy común que una persona se contradiga sin darse cuenta de ello: así, en la esfera (ii) se hace posible lo que resulta imposible en (i). Sobre todo, tanto lo que es posible como lo que no lo es en (i), puede resultar por completo indiferente, ni siquiera ser tomado en cuenta, en numerosos planos *reales* de pensamientos cultivados por la gente; también es así hasta en los discursos profesionales de los juristas. Pues bien, sostengo que no menos en cuanto a lo puramente lógico (i) que para las prácticas discursivas en general (ii), los DH no necesitan, ni suele ser presentado, *fundamento* discursivo alguno para reconocerle a esos derechos su calidad de tales.

(i) En el plano *lógico*, los axiomas de cualquier razonamiento son, como se sabe, simplemente postulados en esa calidad. Pueden ser unos u otros, según el tipo de discurso y las preferencias del locutor. Todo razonamiento se asienta en tales o cuales tesis de base, llámeseles axiomas o fundamentos: son el *punto* donde el locutor, en un hipotético regreso desde la o las conclusiones hasta la o las premisas iniciales (dicho punto), considere suficiente detenerse, no preguntar «más allá». Tanto unos DH –sean estos lo que fueren– como otras ideas pueden señalarse, en su caso, a título de fundamento en un discurso. Así ubicadas no hay ninguna *necesidad* lógica de pedir a su vez un fundamento para esos derechos en sí mismos. Desde

luego, tampoco existe impedimento lógico de imputarles aun a estos mismos algún o algunos fundamentos que se consideren estar más en profundidad, si hay quienes sientan la necesidad psicológica de hacer retroceder aún la cadena –virtualmente inagotable– de los fundamentos, y de los fundamentos de fundamentos, más allá del punto normal de partida en la materia. Pedir o no tales fundamentos es contingente, no depende sino de las preferencias mentales de quienes manejen los discursos en cuestión. Se trata apenas de ciertos «gustos» intelectuales al respecto. Claro que un «gusto» puede, a su vez, ser objeto de justificaciones. Mas estas justificaciones, sean cuales fueren, en sí mismas no responden a ninguna necesidad lógica que las haga indispensables para poder efectuar aquel discurso, ni constituyen *forzosamente* parte –ni siquiera en forma implícita– del *propio* contenido de este. De ahí, que también el discurso-DH puede perfectamente bien prescindir, y así se hace casi siempre, de remitirse a fundamentos. Igualmente pasa con tantos otros tipos de discursos, científicos o no: para reconocer y para manejar las nociones que en ellos mismos funcionan como básicas, nadie necesita preocuparse por averiguar si tienen o no tienen unos pretendidos «fundamentos».

(ii) Tampoco se echa de ver ninguna necesidad de orden *psicológico*-intelectual, que se haga presente en la dinámica propia de los pensamientos reales que mueven a las personas de carne y hueso –políticos, juristas, gente en general– cuando hablan de «derechos humanos», por la cual los protagonistas de esos discursos hubieran de ponerse a buscar, y muchísimo menos esas personas son efectivamente movidas por, unos «fundamentos» para estos derechos. Los individuos simplemente *creen*, o no, en tales derechos, dogmáticamente. Ni más ni menos que como las gentes creen –¡sin que se les ocurra preguntar por qué!– en ciertas ideas enfatizadas por tal o cual ideología, en la religión que aprendieron de niños y otras preconcepciones. No representa mucho más que una fantasía narcisista de cierto mundillo académico, lo de presuponer que las doctrinas sociales se mueven en virtud de unos «fundamentos» que están más allá de los dogmas *mismos* proclamados por ellas. El pensamiento real que produce los discursos-DH no se preocupa por, ni presupone, ningún «fundamento» para afirmar tales derechos. Simplemente, los entiende como válidos *en sí mismos y por sí mismos*.

Plano (c).– Si de lo que se trata, es de remitirse a unas postulaciones metafísicas, estas pueden consistir en tesis de lo más variadas, y eventualmente se contraponen unas a otras. Son o no son creíbles según cuál sea la *fe* de cada quien. Que estas creencias correspondan o no a Algo verdadero, no hay manera de dilucidarlo científicamente ni, en general, por cualesquiera medios propiamente racionales. Las afirmaciones sobre ese Algo no están

en condiciones de sustentarse en vías del pensamiento laicas y sometidas a controles de general intersubjetividad. Sean o no ciertos (¡vaya uno a saber!) tales «fundamentos» con respecto a los DH, no son ni pueden ser sino unas proposiciones subjetivo-valorativas, aunque a menudo se presentan camufladas bajo una terminología pseudoobjetivante, la cual por añadidura suele ser no menos vaga que ampulosa. Se afirma, por ejemplo, que hay unas verdades «ontológicas» o «absolutas» –palabrejas que funcionan como expediente de inmunización contra toda posible puesta en duda– reconocibles sin más: así, la «eminente dignidad» de toda persona humana, su «naturaleza» propia en cuanto «hijos» de Dios (hechos «a imagen y semejanza» del Creador). Enunciados de ese género no son susceptibles de verdadera discusión, pues dan previamente por intocables unos pre-juicios fundamentales, así como *a priori* son ubicados por encima de toda posibilidad de falsación obtenible mediante contrastaciones empíricas. Constituyen un capítulo centrado en juegos de lenguaje cuya gramática responde ante todo y sobre todo a patrones de carácter *dogmático-emocional*. Su problemática, si es que puede calificarse de tal, provoca elucidaciones que son, básicamente, de orden teológico o parateológico, así como da motivo a ensayos en unas cacomúsicas-de-palabras como los cultivados por el pensamiento «hermenéutico» (tipo Heidegger o Apel-Habermas) y otras ampulosas jerigonzas (p. ej., Derrida).

* * *

Síntesis.– 1) En cuanto al *ejercicio* mismo de los DH, la pregunta por unos eventuales «fundamentos» para ellos no suele plantearse; las discusiones al respecto –académico-celestiales, o simplemente ceremonial-internacionales– no tienen relevancia práctica alguna. **2)** En el plano estrictamente *teorético*: **a)** o bien, el membrete «fundamentos» encubre unas cuestiones empíricas cuya averiguación corresponde a las *ciencias* sociales (psicología, sociología, politología, antropología y demás), y por tanto es confusionista entender referirse a tales investigaciones bajo dicho membrete; **b)** o bien, se trataría de señalar unas estructuras del pensamiento, sean de orden *lógico* o *psicológico-empíricas*, mas lo cierto es que en ninguna de estas dos esferas esos supuestos «fundamentos» se presentan como necesarios y ni siquiera como habituales. **3)** En todo caso, es dable creer en tales o cuales «fundamentos» *metafísicos*; pero estos, sean cuales fueren, no son reconocibles mediante la razón laica, constituyen unos postulados de *fe*, solo elucidables en órdenes de pensamiento teológicos o cuasiteológicos[4].

[4] Aclaro, por las dudas: No afirmo que las elucidaciones teológicas, sobre la materia que fuere, sean ilegítimas como *tales*; esto es, siempre y cuando no den a entender que son lo que

no son. Dicho en términos de Wittgenstein: una cosa son los «juegos de lenguaje» teológicos, cuya «gramática» presupone necesariamente la aceptación de tales o cuales creencias exclusivamente religiosas, y otra cosa son cualesquiera juegos de lenguaje donde no se parta de tales presupuestos (o sea, donde estos mismos ni se afirman ni se niegan). En la medida en que al hablar de «derechos humanos» se reconozca que ese discurso está *necesariamente* basado en ciertas creencias religiosas, entonces sí es perfectamente legítimo hacerlo objeto de elucidaciones de tipo teológico. En cambio, si se pretende que tal discurso tiene validez incluso con *independencia* de aceptar o no dichas creencias, entonces el o los «fundamentos» invocados, aun aceptando que los haya, no pueden ser justificados por discursos de contenido teológico, o parateológico. Aquí no me he referido a los razonamientos francamente teológicos sobre derechos humanos, impugno los fundamentos *cripto*laicos en esta materia.

EL PODER DE LA RAZÓN JURÍDICA

Nota sobre el desarrollo de la hermenéutica jurídica italiana

Isabel Trujillo

RESUMEN. El objetivo de este trabajo es examinar las aportaciones de la hermeneútica (especialmente de sus desarrollos en Italia) en los últimos quince años, para señalar qué puede aportar al jurista y al filósofo del Derecho. Para ello se examinan en primer lugar las principales tesis de la hermenéutica como movimiento filosófico general y después sus aportaciones relevantes para la teoría del Derecho contemporánea.

ABSTRACT. The aim of this paper is to examine the contributions made by hermeneutics in the last fifteen years (especially its development in Italy), in order to show what it can contribute to the jurist and to the legal philosopher. With this in mind, first, the main theses of hermeneutics as a general philosophical movement and then, its relevant contributions to the contemporary theory of law, are examined.

DOXA, Cuadernos de Filosofía del Derecho, 27 (2004) ISSN: 0214-8676 pp. 437-453

Aparece en lengua castellana un libro útil no sólo a quien se acerca con curiosidad a la hermenéutica jurídica, sino también a un más amplio público interesado en los temas del lenguaje, de la definición del derecho y de la interpretación jurídica (Giuseppe Zaccaria, *Razón jurídica e interpretación,* trabajos compilados por Ana Messuti, Thompson-Guitas, Madrid 2004). El libro desarrolla un diálogo ideal con el contextualismo, el deconstruccionismo, las teorías procedimentales del derecho, las funcionalistas, hasta la filosofía analítica. La obra, pues, lejos de excluir quien tuviera dudas sobre la corriente filosófica abrazada por el autor, alcanza también quien haya preferido seguir otros derroteros teóricos, mientras ofrece una base para una discusión entre direcciones de pensamiento distintas. La actitud del autor a este propósito se hace explícita en el capítulo central, dedicado a las diferencias pero también a la posibilidad de colaboración entre la hermenéutica y la filosofía analítica.

En Italia y en España existe ya una discreta literatura sobre la confrontación entre el *approach* hermenéutico y el analítico, ambos importantes y fecundos en el cuadro de la teoría del derecho contemporánea, rivales en la capacidad de dar razón del derecho, y, en particular, del derecho como se configura en los sistemas constitucionales. La perspectiva de la hermenéutica jurídica presenta una concepción en la cual la temática de la interpretación adquiere carácter central y determinante en orden a definir el derecho.

Un importante pilar en la construcción de lo que se puede llamar un *topos* de la literatura científica hispano-italiana es el volumen del 1994 titulado *Ermeneutica y filosofía analítica. Due concezioni del diritto a confronto,* editado por Mario Jori (Giappichelli, Torio), que recoge el fruto del desafío lanzado por algunos autores de inspiración hermenéutica (en particular, Francesco Viola y Giuseppe Zaccaria)[1] a la escuela italiana de Norberto

[1] Más que una corriente de pensamiento, la hermenéutica jurídica italiana podría describirse como un (aún tímido) movimento de autores. Un año a señalar es el 1999, año en que Francesco Viola y Giuseppe Zaccaria, los dos principales pero no únicos protagonistas de esta breve historia, publican un volumen a dos manos, *Diritto e interpretazione. Lineamenti di teoría ermeneutica del diritto,* que hoy ha llegado a su cuarta edición y que –significativamente– fue premiado como Libro del Club dei Giuristi del Año 2000. A ese libro le ha seguido otro, *Le ragioni del diritto (il* Mulino, Bologna 2003), que se presenta como un manual de filosofía y teoría hermenéutica del derecho. *Diritto e interpretazione* es un libro en el que los autores dan una definición del derecho desde el punto de vista de la interpretación pero que entra en el análisis de la especificidad de los distintos textos jurídicos y de la interpretación en los respectivos sectores jurídicos: desde el derecho penal al derecho administrativo, pasando por el constitucional. El trabajo de los autores había sido precedido por una gestación bastante larga y desarrollada con independencia y diversidad de itinerarios. Por un lado, Viola había realizado una investigación que lo llevó a la definición del derecho como una práctica social integrada por finalidades immanentes y con procedimientos adecuados a ellas y en la que las interpretaciones

Bobbio y Uberto Scarpelli durante un seminario del año 1990. Colaboraron, desde la perspectiva analítica, Mauro Barberis, Letizia Gianformaggio, Riccardo Guastini, Mario Jori, Anna Pintore, Vittorio Villa. Diez años más tarde, el mismo tema ha constituido el objeto de una mesa redonda en el VI Congreso hispano-italiano de teoría del Derecho, celebrado en Trapani en septiembre del 2000, cuyas actas se publicaron en el 2001 con el título *Prassi giuridica e controllo di razionalitá*, editado por Lucia Triolo (Giappichelli, Torino)[2]. Dicha confrontación, lejos de crear inconmensurabilidades, sigue aún animando seminarios comunes sobre los más variados temas[3].

Al lector no anticipadamente identificado con una de las escuelas en liz, sin embargo, esos debates aparecen condicionados por una excesiva alineación de los «evaluadores», que –desde la propia perspectiva– examinan los puntos de contacto o de contraste con la otra, dando tal vez la impresión de tratarse de dos tendencias recíprocamente y totalmente excluyentes.

Por otra parte, la idea de que «la filosofía analítica no es un sistema, ni un cuerpo doctrinal, sino únicamente una forma de encarar la tarea filosófica: el análisis conceptual»[4], hace que –en línea de principio– ese estilo pueda ser adoptado por muchos sin que por eso se deba excluir la dirección hemenéutica. A menos que se entienda que la hermenéutica es también, en última análisis, no más que un estilo cuya adopción excluye el primero. Ha sido notado más de una vez, caústicamente, cómo, siguiendo la modalidad de sus principales inspiradores, los iusfilósofos hermenéuticos han introducido farragosidad e imprecisión en sus textos, en muchos casos volviéndolos difícilmente comprensibles[5].

El objetivo de estas páginas no es reconstruir esta polémica una vez más, bastante equilibradamente examinada por José Juan Moreso en el VI

---

de los participantes confluyen en la creación de lo jurídico *(Il diritto come pratica sociale,* Jaca Book, Milano 1990). Por su parte, Zaccaria había estudiado la relación entre la hermenéutica y la ciencia jurídica a partir de estudios sobre Gadamer y Esser *(Ermeneutica e giurisprudenza. l fondamenti filosofici nella teoría di Hans Georg Gadamer y Ermeneutica e giurisprudenza. Saggio sulla metodología di Josef Esser,* ambos del 1984, Giuffré, Milano), continuando después con estudios recogidos en *L'arte dell'interpretazione* (Cedam, Padova 1990) y *Questioni di interpretazione* (Cedam, Padova 1996).

[2] Se puede ver también F. Viola, *Filosofía analítica, filosofía ermeneutica e conoscenza del diritto,* in *Ontología e fenomenología del giuridico. Studi in onore di Sergio Colla,* Giappichelli, Torio 1995, pp. 301-347.

[3] Como el caso del seminario *Significato letterale e ínterpretazione del diritto,* en el 1999 (publicado en el 2000 por Vito Velluzzi, Giappichelli, Torio), que cuenta con una intervención de Baldassare Pastore como representante de la hermenéutica jurídica.

[4] J.J. Moreso, *Notas sobre filosofía analítica y hermenéutica,* en L. Triolo (ed.), *Prassi giuridica e controlo di razionalité,* cit. en el texto de la nota, p. 215.

[5] Vid. R. Guastini, *Tre domande a Francesco Viola,* en M. Jori (ed.), *Ermeneutica e filosofía analítica,* cit. en el texto de la nota, pp. 219-240.

congreso hispano-italiano del 2000, sobre todo en relación con la más reciente evolución del pensamiento analítico y ulteriormente desarrollada en el señalado libro de Giuseppe Zaccaria. Más bien se trata de examinar los derroteros de ese movimento hermenéutico y de valorar sus resultados en los últimos quince años, para poner en realce lo que puede enseñar al jurista, al teórico, al filósofo del derecho y quizás también –¿por qué no?– al filósofo analítico, sin exigir, por lo menos de este último, la renuncia a un estilo filosófico propio. Para eso será importante destacar las dificultades de la corriente en objeto y lo que aún queda sin hacer.

No se puede olvidar tampoco que las críticas al pensamiento hermenéutico no proceden únicamente de la filosofía analítica, sino también del sector que podríamos llamar, en sentido amplio, iusnaturalista[6], que, como es bien sabido, aparece como «enemigo» de la filosofía analítica[7]. La peculiaridad de la hermenéutica va señalada por lo tanto en estas dos direcciones.

La hermenéutica jurídica presenta dos tipos de problemas: los de orden general, como perspectiva filosófica, y los relacionados con la teoría del derecho y de la interpretación jurídica. La posibilidad de distinguir esos dos niveles hace que la perspectiva hermenéutica en sentido estrictamente jurídico, que asume la centralidad de la interpretación en la definición del derecho, se articule con diversas modulaciones de la perspectivas de fondo[8].

Orígenes y actividad del movimento hermenéutico en Italia

Las líneas de penetración de la hermenéutica en Italia son en realidad dos: por un lado, la obra de Emilio Betti; por otro, la recepción del pensamiento y de la obra de Hans Georg Gadamer[9]. Por supuesto, ambos deben ser conectados con las raíces más generales de la hermenéutica contemporánea. Se tenga en cuenta desde ahora que el movimiento hermenéutico en examen se reconoce más en la segunda que en la primera de estas raíces, aunque el pensamiento de Betti no ha perdido de interés.

Como es bien sabido, la dirección hermenéutica de la filosofía contemporánea florece a finales del siglo XIX a partir del problema epistemológico

---

[6] Vid. C.I. Massini-Correas, *La teoría referenziale realista dell'interpretazione giuridica,* en "Ars Interpretandi", 8, 2003, pp. 449-476.

[7] Vid. V. Villa, *"Inclusive Legal Positivism" e neogiusnaturalismo. Lineamenti di una analisi comparativa,* in "Persona y derecho", 43, 2000, pp. 33-97.

[8] Hasta el tomismo de A. Kaufmann *(Beiträge zur Juristischen Hermeneutik, C.* Heymann, KóIn 1984).

[9] No se puede olvidar, por otra parte, la feroz polémica entre Betti e Gadamer: vid. L. Mengoni, *Diritto e valori, il* Mulino, Bologna 1985. Vid. también A. Argiroffi, *Valori, prassi, ermeneutica. Emilio Betti a confronto con Nicolai Hartmann e Hans Georg Gadamer,* Giappichelli, Torio 1994.

del estatuto, finalidad y método de las ciencias del espíritu. Según la famosa contraposición, mientras las ciencias naturales están llamadas a «explicar» las leyes de lo que constituye su objeto (el mundo natural), las ciencias del espíritu están cualificadas por la finalidad del «comprender» en el acercarse a las acciones humanas. La evidencia del distinto objeto y de la distinta finalidad de una y de la otra abren la puerta a un emergente «pluralismo» metodológico, contra el «monismo» metodológico dominante que era –y quizás sigue aún siendo– la principal tentación del movimento positivista. Sin embargo, desde el principio no se ha aclarado suficientemente si los resultados de los distintos saberes habrían de valorarse en relación a la misma «objetividad» o si, a diferencia de la explicación –que a eso mira–, el comprender se desinteresa de ella. En relación a esta primera bifurcación se distinguen los itinerarios de Betti –que sigue puntando sobre la objetividad también en las ciencias jurídicas– y de Gadamer, más interesado a una experiencia de la verdad, que trasciende lo que se puede controlar epistemológicamente[10], pero que por eso mismo empieza a ser mas «evasivo».

En esa dirección indicada, no casualmente Betti escribe una *Teoría general de la interpretación (1955),* dando inicio a una hermenéutica jurídica sfricto *sensu.* La idea de que la objetividad sigue siendo el fin de las ciencias del comprender y, en particular, de la ciencia jurídica, lo lleva a enfatizar la importancia del método para la interpretación. Cuatro son los cánones que deben presidir cada momento interpretativo al fin de garantizar el comprender como forma metódicamente disciplinada: la autonomía hermenéutica del objeto del interpretar *(sensus non esf inferendus, sed efferendus),* la totalidad del sentido (que pone en relación las partes y el todo), la actualidad del entender (que reconoce la actividad y no la pasividad del intérprete), la correspondencia del significado (que exige al intérprete ponerse en sintonía con el sentido del texto).

Desde el punto de vista de la exigencia de disciplinar de manera rigurosa la actividad interpretativa, no hay duda de que importantes desarrollos largamente reconducibles al *approach* analítico (como por ejemplo los que se ocupan de la rigorización del razonamiento jurídico y las teorías de la argumentación[11]) no chocarían con la perspectiva bettiana. Algunos de los cánones propuestos y sus presupuestos (la relación sistemática entre las partes del texto, la posición activa del intérprete) son pacíficamente acepta-

---

[10] Vid. F. Viola, G. Zaccaria, *Diritto e interpretazione. Lineamenti di teoría ermeneutica del diritto,* cit., pp. 197-201.

[11] Recuérdese la insistencia de Esser sobre la racionalidad del proceso que desde la precomprensión lleva a la decisión, en común con las teorías del razonamiento jurídico *(Vorvest ndnis und Methodenvahl in der Rechtsfindung,* Athen~um, Frankfurt 1970).

dos por los teóricos del razonamiento y de la argumentación, si bien tal vez necesitados de una depuración lingüística. Excepción hecha, por supuesto, del cánon de la «totalidad del sentido», que sin embargo introduce lo que de más peculiarmente hermenéutico tiene el pensamiento de Betti. El «sentido» en juego no es el significado de la proposición lingüística objeto de interpretación (la disposición), sino más bien tiene que ver con la «comprensión» de la «cosa-derecho», uno de los pilares del pensamiento hermenéutico y piedra de escándalo para un filósofo analítico, por débil que lo sea.

Superando el estilo expresivo de la corriente hermenéutica –sobre este punto más bien hermético y necesitado a su vez de interpretación– las dificultades del lector profano son dos: por un lado, la aproximación en sentido holista a un problema que podría resultar pacíficamente «localizado», pues el derecho viene siempre entendido como un «todo» con sentido mientras que lo más intuitivo es pensar a la interpretación de enunciados[12]; por otro, la conocida tesis de que el sentido precede el texto y hasta «lo posee». En la perspectiva hermenéutica no es un texto a tener un sentido, sino un sentido a tener uno o más textos[13].

Ambas dificultades habrían de enfocarse desde el punto de vista de una diferente concepción del lenguaje en el marco del cual el fenómeno jurídico se coloca: por un lado, el lenguaje entendido como instrumento para introducir orden en la realidad, instrumento que, a su vez, puede ser descompuesto en piezas[14] que se puedan controlar aisladamente; por otro, el lenguaje como actividad en la que cada parte tiene sentido en relación al conjunto[15].

Más llanamente, y con referencia al derecho, la tesis hermenéutica consiste en que el objeto de la interpretación no se identifica con la proposición normativa «atómicamente» considerada (que es lo que un analítico aspira a interpretar), sino más bien con el derecho entendido como práctica social. Mejor dicho: la proposición singularmente considerada a la luz de la práctica social[16]. Eso quiere decir –con respecto al derecho– que ningún aspecto de la práctica jurídica puede desligarse de su pertenecer a una actividad estructurada según una finalidad inmanente (la coordinación autoritativa de las acciones sociales) y de su estar ordenada a hacerla posible. Si el derecho no sirve a coordinar las acciones o a guiar el comportamiento de los sujetos,

---

[12] J.J. Moreso, *Notas sobre filosofía analítica y hermenéutica,* cit., p. 211.

[13] J. Hruschka, *Das Verstehen von Rechtstexten,* Beck, München 1972.

[14] Como expresa bien el título de la obra de M. Atienza, J. Ruiz, *Las piezas del derecho. Teoría de los enunciados jurídicos,* Ariel, Barcelona 2004 (edición actualizada).

[15] C. Taylor, *Self lnterpreting Animals,* en Id., *Human Agency and Language. Phílosophical Papers l,* Cambridge University Press, Cambridge 1985, pp. 45-76.

[16] En realidad las dos dimensiones del lenguaje antes recordadas son simultaneamente válidas, por lo menos con respecto al lenguaje ordinario.

hay algo radical que falla, también en relación a la proposición singularmente considerada.

De eso no tiene por qué traerse la conclusión, sin embargo, que la proposición singularmente considerada no pueda estar viciada aún siendo jurídica. Quiere simplemente decir que sería un *nonsense* que el ordenamiento en su conjunto no presentara una bien que mínima pretensión de justicia[17]. Respecto al iuspositivismo, la hermenéutica sostiene que el sentido del derecho no es totalmente inmanente al derecho –que es lo mismo que decir que el derecho no coincide con los textos a interpretar– sino que tiene que justificarse de alguna manera en relación a una finalidad a alcanzar.

No se acaba ahí la historia: la perspectiva hermenéutica añade que esa finalidad debe ser identificada a partir de los significados que los utentes atribuyen a la práctica misma[18]. En este sentido hay algo –quizás demasiado, pensarán algunos– de «convencional» en la práctica social del derecho[19].

El problema nace de que el «sentido» del derecho no es una cosa objetivable –en el sentido semántico– sino que se «comprende» en el sentido hermenéutico. Pero comprender es, en estos términos y muy sencillamente, participar en prácticas interpretativas intersubjetivas. Como bien testimonia Betti, la comprensión del sentido del derecho no excluye la importancia de la actividad metodológica a la hora de la interpretación.

Alejándose de Heidegger, que toma el «comprender» como el carácter ontológico originario de la vida, es mérito de Gadamer haber protagonizado un movimento de vuelta de la hermenéutica hacia los problemas epistemológicos y haber recuperado así la conexión entre la hermenéutica contemporánea y el arte (tradicional) de la interpretación, aun manteniendo la referencia fundamental a la comprensión del sentido de la cosa-derecho. Como heredad heideggeriana queda la idea de que la «precomprensión» (el prejuicio en sentido positivo, la anticipación ineliminabile con la que el operador se acerca al objeto de conocimiento) no sólo es un concepto metodológico[20], sino más bien un concepto analítico-descriptivo. En cierto sentido,

---

[17] En ese sentido R. Alexy, *Concepto y validez del Derecho (1992),* trad. de J. Malem, Gedisa, Barcelona 2004.

[18] En el contexto de la hermenéutica jurídica italiana, este aspecto ha sido desarrollado por Elena Pariotti, *La comunitá interpretativa nell'applicazione del diritto,* Giappichelli, Torio 2000.

[19] Sobre este tema es fundamental F. Viola, *II diritto come pratica sociale, cit.*, pp. 12-28.

[20] Por eso puede compararse a la idea searliana según la cual «un background de prácticas, instituciones, hechos de la naturaleza, y maneras de hacer cosas son asumidas por los hablantes y oyentes cuando una de estas oraciones es emitida o comprendida», J.R. Searle, *The Background of Meaning,* en J.R. Searle, F. Kiefer, M. Bierwisch (eds.), *Speech Act Theory and Pragmatics,* Reidel, Dordrecht 1981, p. 227 o a la noción de equilibrio reflexivo de J. Rawls,

lo ontológico va por delante de lo epistemológico pues «las condiciones del comprender no se pueden reducir a la única modalidad del método, sino que abrazan también un aspecto de naturaleza existencial, representado por la comprensión originaria y pre-reflexiva que caracteriza el intérprete»[21].

En realidad, la verdadera diferencia y distancia entre Gadamer y Betti y el real motivo por el que la hermenéutica jurídica ha abandonado la vía bettiana tiene que ver con el horizonte general de sus teorías. Contra los posibles resultados subjetivistas e historicistas de la hermenéutica gadameriana, Betti mantiene una posición ontologista en relación con los valores: el derecho está arraigado en un contexto axiológico objetivista preordinamental, inspirado en la filosofía de los valores de Nicolai Hartmann. A estos valores se reconducen los principios jurídicos, que por lo tanto resultan «externos» al derecho. Esta posición continúa perpetuando una imagen del derecho como técnica, más que como actividad, y resulta poco convincente a la luz de la reconsideración del papel de los principios en los ordenamientos jurídicos constitucionales, donde éstos desarrollan un rol crucial, bien en la genética de las reglas en sentido estricto, bien en la interpretación de éstas. En pocas palabras, los principios dan «sentido» a las reglas (entendidas, en sentido estricto, como preceptos definitivos).

A diferencia de ese marco general, la posición de Gadamer aparece radicalmente condicionada por la importancia de la interpretación en el conocimiento: no hay nada en el mundo de los objetos a interpretar que no sea ya, de alguna manera, resultado de la interpretación. Esta conclusión puede ser tomada en sentido literal –y por lo tanto asimilada a posiciones relativistas o hasta nihilistas– o más bien puede ser relacionada con la idea de que la interpretación es un modo de ser del hombre en el mundo, una característica peculiar de su naturaleza[22]. La lectura relativista bien pudiera ser condividida por el filósofo analítico de corte escéptico, mientras que la idea en el plano antropológico inspira filósofos del derecho de dirección onto-fenomenológica[23].

A *Theory of Justice,* Harvard University Press, Cambridge, Mass.1971, § 9. Vid. J.J. Moreso, *Notas sobre filosofía analítica y hermenéutica,* cit.

[21] F. Viola, G. Zaccaria, *Diritto e interpretazione. Lineamenti di teoría ermeneutica del diritto,* cit., p.198.

[22] V. Mathieu ha publicado un libro dedicado a ilustrar la naturalezza del hombre como animal hermenéutico, en el sentido que desarrolla una interpretación de la propia naturalezza *(L'uomo anímale ermeneutico,* Giappichelli, Torio 2000).

[23] Es el motivo por el que Francesco D'Agostino ha sido considerado por Massini perteneciente a la corriente hermenéutica, lo que en realidad no es correcto (C.I. Massini-Correas, *La teoría referenziale realista dell'interpretazione giuridica,* cit., p. 449n.). D'Agostino acoje la enseñanza del pensamiento hermenéutico clásico en relación a la doctrina de la interpreta-

En una formula sintética, el movimiento que aquí interesa sigue proponiéndose el objetivo de Betti, es decir, la cultivación de una hermenéutica genuinamente jurídica[24], si bien abandonando el horizonte general de los valores de Betti y a través de las vías indicadas por Gadamer. Para captar mejor sus resultados, se debe colocar la corriente en examen en el cuadro de la teoría del derecho actual y en los problemas y los desafíos con que esa se enfrenta, no sin antes señalar un anillo fundamental en el paso entre la hermenéutica bettiana y la actual.

Después de Betti, en efecto, hay que destacar la obra de Luigi Mengoni (principalmente Ermeneutica e dogmatice *giuridica,* Giuffré, Milano 1996), un jurista civilista que ha estudiado las implicaciones de la hermenéutica filosófica en relación a la evolución del derecho actual según una actitud al mismo tiempo sensibile a las novedades que la perspectiva lleva consigo y a recuperar, revisándolas, categorías tradicionales jurídicas como la dogmática misma, la argumentación, el derecho «vivo».

La hermenéutica en el contexto general de la teoría del derecho contemporánea

El más importante giro de la segunda mitad del siglo XX en el campo de la teoría del derecho está conectado con el conocido *linguistic turn* de la filosofía contemporánea. La idea de que el lenguaje es el objeto de la investigación filosófica (y por lo tanto también de la reflexión sobre el derecho) se debe distinguir, sin embargo, de aquella concepción más antigua que había sostenido la identificación entre derecho y lenguaje, es decir, la de matriz exegética, vinculada con la cultura de la codificación, según la cual el derecho es el conjunto de los enunciados lingüísticos que expresan la voluntad del legislador y la ciencia jurídica un metadiscurso sobre un lenguaje-objeto. La atención al lenguaje en la perspectiva del derecho y la identificación entre derecho y lenguaje en la óptica de la codificación son dos paradigmas radicalmente distintos en la medida en que del lenguaje se consideren el carácter práctico y su estructura discursiva e intersubjetiva. Por esta razón, el *linguistic turn* se ha desarrollado junto a una más general «rehabilitación de la razón práctica». Sin embargo, hay que reconocer que muchos teóricos y buena parte de los juristas, si bien son conscientes de

---

ción, pero sin que ésta represente un elemento central para la definición del derecho. Vid. F. D'Agostino, *Fiosofia de/ diritto,* Giappichelli, Torio 2000, pp. 157-171.

[24] Por ese motivo, el tipo de actividad preferida por la hermenéutica es el debate con juristas de distintos sectores. Ese corte tiene la revista *Ars interpretandi. Annuario di ermeneutica jurídica,* que funciona desde el 1996, en versión italiana y alemana.

estas novedades, en la vida real siguen moviéndose entre las ruinas del precedente modelo, que resiste a desaparecer.

Para la teoría del derecho que considera el derecho como conjunto de prescripciones del legislador, el derecho es una técnica social que sirve al titular del poder para actuar un preciso diseño. Ello es posible gracias a la racionalización (monopolización) de la producción jurídica y a la eliminación de las interferencias por cuenta de otros operadores, a través de una atenta disciplina de la interpretación. Según ésta, el significado normativo de un enunciado legislativo está totalmente preconstituido, contenido, encerrado, en el enunciado mismo (o, si se prefiere, en el texto) y éste es (o debería ser) del todo independiente de la actividad del intérprete. El perfil del lenguaje que interesa al teórico en esta perspectiva es el de la sintaxis lógica, bien en orden a purificar el lenguaje de las escorias que su contingente creación lleva consigo, bien en relación a la corrección de aquellos defectos que en el ordenamiento se deben evitar, bien, sobre todo, en orden a controlar la operación de quién aplica el derecho a través del control de su procedimento lógico (el silogismo judicial). Mientras el legislador utiliza su poder, cualificado como «político», la jurisprudencia y la ciencia jurídica deberían vivir en el limbo de la obediencia a un derecho totalmente preconstituido, es decir, inertes en cuanto al poder, y en el de la neutralidad valorativa. La lógica aplicada a la razón jurídica sirve precisamente a asegurar ese resultado.

A esta descripción del derecho se suelen oponer –aunque es difícil concebirlas separadamente– aquellas teorías que concentran su atención sobre el «poder» de los hechos, más llanamente, el poder de los jueces. Las corrientes realistas asumen los mismos presupuestos de las corrientes formalistas, pues el derecho sigue siendo un instrumento de poder en las manos de algunos sujetos, esta vez no del legislador sino del juez, es decir, del que decide los casos en su concreción, bien se trate de controversias entre ciudadanos, bien sean conflictos de poderes públicos. Esta última versión nace de la pregunta ¿a qué serviría un derecho válido que no fuera efectivo? En esta óptica, obviamente, también el poder de los jueces es «político», mientras la ciencia jurídica –imaginada como una ciencia social empírica– puede seguir presumiendo de neutralidad valorativa pues se ocupa de estadísticas y de cálculo de probabilidades.

Estas dos alternativas en la teoría de la interpretación admiten también una posición intermedia. Por teoría intermedia o mixta se entiende aquella que distingue casos fáciles o difíciles, textos claros y oscuros: aplicando la teoría cognitiva en los textos claros *(in claris non dt interpretado) y* la

teoría escéptica en los textos oscuros[25]. Al fin y al cabo, se reconoce que no siempre el legislador impone su poder, sino que a veces es el poder del juez el que debe imponerse, allí donde quedan intersticios imposibles de eliminar en un ordenamiento jurídico.

El *linguistic turn* parece orientar en direcciones bien distintas. Por un lado, el lenguaje se coloca en el entramado de la razón práctica –que a partir de ahora se vuelve un punto crucial también en la teoría del derecho– y la regla jurídica entra a formar parte del razonamiento del sujeto, no pudiendo ser algo del todo externo al sujeto. La regla jurídica entendida como guía de conducta (para quién observa el derecho y para quién lo aplica) entra a formar parte de la deliberación práctica del sujeto que la usa, es decir, del modo de contestar a la pregunta ¿qué debo hacer?, ¿cómo debo actuar en estas circunstancias específicas? Desde el punto de vista teórico, la conexión entre la razón práctica, los enunciados jurídicos y la definición del derecho está bien resumida en la necesidad del punto de vista interno para la definición (y –podría añadirse– comprensión) del derecho[26].

Por más vueltas que se dé a la cuestión, la conclusión radical a deducir es que el ciudadano y el juez, así como el abogado y el jurista, no son operadores jurídicos que quedan «externos» al derecho, como quien estudia la matematica, sino que son operadores que «co-producen» derecho. Parece inevitabile la constatación que la jurisprudencia y la ciencia jurídica, además del utente del derecho y de su creador por antonomasia –el legislador– están caracterizadas por la creatividad. Si esa creatividad –a la luz de las ruinas del paradigma de la codificación– sigue llamándose «política» y es reconducible a la arbitrariedad, deberá seguir siendo residual. Si es estructural en el derecho, y por lo tanto «jurídica», de ella habrá que tematizar el estatuto.

Pues bien: éste es el punto, centrado por la hermenéutica, que se podría definir como el intento de tematizar la razón jurídica, distinguiéndola del poder político, en orden a dar cuenta de la co-producción del derecho en la interpretación; una co-producción que no es defecto ineliminable sino exigencia irrenunciable.

Por otro lado, no hay duda de que la co-producción del derecho implica también la valoración del derecho, contra la suposición formalista de la neutralidad (lo que ya el pensamiento analítico reconoce de manera inequivo-

---

[25] Aunque no pertenece al movimiento en examen, otro jurista italiano, Irti, ha insistido sobre la idea –en sintonía perfecta con la hermenéutica– según la cual la claridad es el resultado de la interpretación, más que su presupuesto o el criterio para excluirla. N. Irti, *Testo e contesto,* Cedam, Padova 1996, pp. 63-66.

[26] H.L.A. Hart, *The Concept of Law,* second edition with a Postscript ed. by P.A. Bulloch and J. Raz, Clarendon Press, Oxford 1994; J. Raz, *The Authority of Law,* Clarendon Press, Oxford, 1979.

cabile). Cada enunciado jurídico posee contemporáneamente una dimensión normativa y una dimensión valorativa. La primera coincide con su carácter de guía de la conducta humana de forma autoritativa; la segunda se identifica con la función de la regla como criterio de justificación o de crítica de una acción[27]. Esa presencia de los juicios de valor emerge también desde el punto de vista del ordenamiento en su conjunto: la regla de reconocimiento es «una regla de mandato que, en su vertiente directiva, supone una razón perentoria en favor del sistema jurídico en su conjunto y que provee, en su vertiente justificativa, el criterio de valoración jurídicamente último»[28].

El problema es de qué modo entender la relación entre esas dos dimensiones de la regla jurídica. La manera más fácil de hacerlo es la de continuar separando la dimensión valorativa de la dimensión prescriptiva, pudiendo así recurrir a una fundación «objetivista» del juicio de valor: pero ¿es esta vía satisfactoria?[29]

La cuestión de la razón práctica

La respuesta a la cuestión apenas formulada constituye, probablemente, el mayor desafío de la teoría del derecho y de la filosofía contemporánea porque implica la revisión de la razón práctica. Este punto es el más delicado de los hasta ahora señalados y probablemente el que decidirá la validez de las distintas perspectivas de estudios sobre el derecho.

Mucho ha llovido sobre la distinción aristotélica entre la razón práctica y la razón teorética, pero nada parece indicar que se pueda definitivamente captar la diversidad entre una y otra. Sobre todo, la posibilidad de trasladar estructuras y características de la razón teorética en la razón práctica continúa acechando al teórico, quizás por la mayor facilidad en entender el funcionamento y la especificidad de la primera, quizás por la mayor atención que a ella se ha prestado en el curso de la historia. En el fondo, toda la gnoseología moderna y contemporánea se ha movido en esa línea.

Está claro que la razón práctica está ordenada a la acción. Pero ¿qué se puede decir sobre su relación con la acción? ¿Se la puede considerar verdadera o falsa? Y ¿cómo imaginar su proceso? ¿Sigue las reglas de la misma razón teorética? ¿Funciona a través de deducciones?

En la tradición analítico-iuspositivista es difícil encontrar un tratamiento que resuelva los problemas de la razón práctica aplicada al derecho. En este

---

[27] M. Atienza, J. Ruiz, *Las piezas del derecho. Teoría de los enunciados jurídicos,* cit., pp. 146-160.

[28] Ivi, p.198.

[29] En última instancia, era esta misma idea la que ha alejado el movimento hermenéutico de la filosofía de los valores de Betti.

caso, el factor determinante del *impasse* es la concepción humiana de la misma, que excluye la posibilidad de explicar la fuerza motivante de la razón práctica al separarla del bien, único muelle capaz de activar la voluntad, atrayéndola, y por lo tanto sin necesidad de una orden que, en cuanto tal, necesita un fundamento[30].

La vía del bien como motor de la acción caracteriza la recuperación del pensamiento clásico iusnaturalista. Piénsese por ejemplo en la obra de John Finnis, en la que la razón práctica es un conjunto de bienes o valores fundamentales a perseguir respetando algunas exigencias de razonabilidad[31]. Sin embargo, tampoco esta visión parece resolver los problemas de la razón práctica. Los bienes fundamentales forman una lista que parece más la conclusión de un razonamiento sobre convicciones preconstituidas derivadas de una reflexión teórica sobre la naturaleza humana que el resultado de la inclinación humana, capaz de originales y diversificadísimas preferencias. No es un caso que algunos bienes intuitivamente fundamentales de la persona humana, como por ejemplo la libertad, estén excluidos de esa lista de sabor universalista.

Parece ser que, en cuanto práctica y en cuanto razón, la razón práctica es un acto basado en un juicio o un juicio que da lugar a un acto. A causa de una tendencia al dualismo en la comprensión de la razón práctica, esa unión puede describirse desde dos puntos de vista: por una parte, está íntimamente conectada con el conocimiento de la ley moral –consiste en preguntarse ¿cómo hacer el bien aquí y ahora?– y, por otra parte, prescribe la acción que debe cumplirse a tal fin. Bajo el primer aspecto, hay en el juicio de conciencia una dimensión más especulativa que práctica. En ese sentido, el juicio de la razón práctica es aún abstracto, es decir, separable de la acción concreta, y, en cuanto tal, se presta a una valoración en términos de verdad o de corrección. Bajo el segundo aspecto, el juicio de conciencia no es abstracto, sino que hace conocer el acto a cumplir. Si es bueno, no puedo no quererlo. Si es malo, no puedo quererlo.

Todas las dificultades de la razón práctica se resumen en que cuando se habla de «conocimiento práctico» se hace referencia necesariamente a «todo» el proceso cognoscitivo que se concluye en la acción concreta. Se

---

[30] Una reconstrucción digna de ser recordada es B. Celano, *Dialettica Bella giustificazione pratica. Saggio sulla legge di Hume,* Giappichelli, Torio 1994. Una pista podría ser la «gramática» del deseo: L. Wittgenstein, *Phílosophical Investigations,* trad. inglesa de G.E.M. Anscombe, Basil Blackwell, Oxford 1953, §§ 437-442. Sobre el tema, F. Viola, *De la naturaleza a los derechos. Los lugares de la ética contemporánea* (1997), trad. de V. Bellver, Comares, Granada 1998, pp. 141-150.

[31] J. Finnis, *Ley natural y derechos naturales* (1992), trad. de C. Orrego Sánchez, Abeledo-Perrot, Buenos Aires 2000.

pueden separar o individuar segmentos más o menos claros de este proceso, pero siempre de un proceso único se trata.

Carlos Massini, por ejemplo, en polémica con esta conclusión excesivamente «contingente», pero en plena coherencia con la más tradicional lógica hermenéutica de la ideografía o conocimiento del particular, ha examinado el funcionamiento de la razón práctica sosteniendo que el corazón del conocimiento práctico es el juicio deóntico sobre las relaciones entre una conducta determinada y un bien humano fundamental. En ello radica el conocimiento de la ley natural que es característico de la razón práctica en su formulación abstracta, del que se puede predicar la verdad o falsedad. En esta perspectiva, todo el resto sería susceptible de aplicación deductiva, aunque no mecánica porque necesita de ulteriores determinaciones y concretizaciones.

Es, sin embargo, lícito preguntarse si por «conocimiento práctico» no deba entenderse –también en la óptica iusnaturalista– «todo» el proceso que está dirigido a la acción concreta a cumplir, puesto que la misma ley natural, que es de por sí un conjunto de principios y orientaciones, se va desplegando en sus contenidos, en su reales exigencias y en sus demandas normativas a medida que se acerca a la acción a cumplir[32].

Si ahora se traslada la cuestión al campo jurídico, parece poder concluirse –a la luz de una lectura unitaria de la labor de la razón práctica– que no es posible justificar la corrección de la acción sino en relación a las circunstancias concretas: la posibilidad de optar por una teoría objetivista de la moral que haga de marco a las normas jurídicas queda aún atrapada en el modelo de una razón dualista, entre especulativa y práctica[33]. De ahí que no parezca posible liberarse de la subsunción, que en última análisis es siempre el modo mejor de controlar el resultado final.

La cuestión en realidad no está resuelta, ni siquiera en el contexto de la teoría hermenéutica: ¿qué significa por ejemplo la afirmación según la cual «el proceso de concretización del derecho no es racionalizable hasta el final»[34]? Puede significar dos cosas: o que su último resultado no es racionalizable según la razón teorética, pero sería una ingenuidad pues se está hablando de razón práctica, o que el resultado de la razón práctica no

---

[32] F. Viola, M. Urso, Scienza *giuridica e diritto* codificafo, Giappichelli, Torio 1989, pp. 9-13.

[33] El mismo pecado de origen se encuentra en quién simplemente coloque en la subjetividad del individuo la sede de la decisión de las preferencias, así como en quién sostiene que es la moralidad social a dictar las reglas morales que el derecho debe incorporar.

[34] La afermación se encuentra en F. Viola, G. Zaccaria, *Diritto e interpretazione. Lineamenti di teoría ermeneutica del dirítto,* cit., p. 213.

es algo que depende de la razón, y entonces estamos en la práctica, pero no en la razón.

Una posible pista –señalada por más de un hermenéutico– es la comparación entre el juicio práctico y el juicio estético. Esa vía puede funcionar sólo si se tiene presente no tanto el «juicio estético de valoración» de una obra de arte, sino más bien «el juicio que da lugar a la obra de arte», aquella que se caracteriza porque lleva en sí misma la llave de su logramiento[35].

La relación entre el derecho y el caso concreto

Aunque no haya resuelto el problema de la razón práctica, no hay duda de que –en continuidad con esa cuestión– la carta más afortunada de la corriente hermenéutica es el modo de entender la relación entre el derecho y el caso concreto, lo cual presenta importantes implicaciones sobre la manera de concebir la razón jurídica y la creatividad en la co-producción del derecho.

En el paradigma de la identificación entre derecho y lenguaje del legislador, típico de la codificación, inevitablemente el derecho llega al caso concreto gracias a una operación lógica de deducción a partir de la proposición normativa general y abstracta (la ley que disciplina un supuesto de hecho), pero el derecho está ya «todo» presente en la regla general y abstracta.

Para que la deducción sea posible, es necesario un juicio de tipo factual que demuestre cómo las características del acto concreto corresponden a las indicadas en el supuesto de hecho. Para que el derecho llegue al caso concreto es necesario, por lo tanto, la intervención de un sujeto, que no es el productor de la ley (el legislador), y una contextualización del supuesto de hecho, que hace que éste pierda su fuerza clarificadora en abstracto. El proceso desde el derecho «verdadero» (el de la ley general y abstracta) al caso concreto recuerda de alguna forma el desarrollo de las hipóstasis plotinianas, que a contacto con la materia iban perdiendo su fuerza originaria y, en última instancia, corrompiéndose.

La corriente hermenéutica piensa la relación entre el derecho y el caso concreto en la forma de una concretización necesaria que supone el completamiento y, más aún, el «perfeccionamiento» del derecho: no existe el derecho en la vida real sino en los casos concretos[36]. La predisposición de reglas generales y abstractas sirve «para» el caso concreto, como demuestra indirectamente el fenómeno del desuso, a través del cual la regla jurídica

---

[35] L. Pareyson, *Estetica. Teoría Bella formativitá,* Bompiani, Milano 2000, p. 97. Ha aplicado esta idea al juicio jurídico y. Mathieu, *Regola implícita e giudizio riflettente kantiano,* en Id., Lucí *ed ombre del giusnaturalismo,* Giappichelli, Torio 1989, pp. 67-77.

[36] F. Viola, G. Zaccaria, *Le ragioni del diritto,* cit., pp. 21-22.

no aplicada pierde juridicidad. La pirámide se invierte: la regla general y abstracta está al servicio de la aplicación y ordenada a ella y el derecho llega a su completamiento en esa concreción. Sólo en esta perspectiva se pone en evidencia el papel de quién usa el derecho, que es el único capaz de «actuar» o «realizar» el derecho (pues el término «aplicar» aparece en esta dimensión inadecuado). Ese sujeto puede ser el juez, pero también quien observa o no observa la regla jurídica. Quizás la corriente hermenéutica ha insistido demasiado sobre el papel del juez, lo que le ha valido el acercamiento a la escuela escéptica. Lo que sí es seguro es que la idea de que hay varios autores –por lo menos dos, el legislador y el juez– que cooperan en la creación del derecho implica la tematización de la creatividad y de la libertad del intérprete.

En cierto sentido, la respuesta al problema de la libertad del intérprete –que tanta perplejidad suscita– se encuentra en la diferencia entre el principio de la narratividad literaria[37] y de la narratividad «técnica» o institucional del derecho. Esta última está radicalmente caracterizada por el papel público que ejercitan los jueces, por la fuerza con que se impone una solución y por la referencia a un sistema de reglas. No hay duda de que la creatividad presenta distintos niveles; desde la individualización preliminar de la norma (que pudiera servir, si se quiere, como premisa normativa de un silogismo), a la selección del significado interpretativo en sentido propio, a la aplicación a las circunstancias de hecho. El reconocimiento de la creatividad del intérprete va, de todas maneras, enfocado como lo que es, es decir, actividad fundada sobre normas y derivante de ellas y que se propone conectar la norma y el caso concreto. En ese sentido, la creatividad judicial es complementaria a la creatividad del legislador y no su verificación (como en el caso del realismo), ni su substituto (como sugiere un cierto cognitivismo).

En resumen, la especificidad de las teorías hermenéuticas del derecho está en mirar hacia «la relación concreta de la norma jurídica con el segmento de realidad regulado por su ámbito de aplicación. Esa completa relación entre hechos naturales y hechos jurídicos constituye el elemento central de una teoría del derecho que, al subrayar la acción y la reacción recíprocas entre formas jurídicas y formas sociales, está en condiciones de indicar también al método jurídico sus límites, las condiciones generales del comprender que lo producen, los confines de su espacio de creatividad, y con ello su efectiva conexión con la práxis»[38].

---

[37] A diferencia de la tesis de Ronald Dworkin *(Taking Rights Seriously,* Duckworth, London 1977).

[38] Zaccaria, Razón jurídica e interpretación, cit., p. 28.

El derecho no es una entidad, sino más bien una práctica caracterizada por el dinamismo, la potencialidad, la referencia estructural al caso concreto. En ese sentido, comprender significa tomar parte en la práctica interpretativa, que no existe independientemente de esa participación. La participación llama en causa la razón práctica, las razones para la acción, razones que atraviesan todas las dimensiones de la práctica jurídica, hasta llegar a la dimensión de la aplicación.

El objetivo de la hermenéutica jurídica consiste precisamente en reconstruir el procedimento a través del cual el intérprete llega a la decisión, para fundamentar racionalmente «el ámbito práctico de la decisión justa»[39].

[39] Ivi, p. 27.

E N T R E V I S T A

ENTREVISTA A RICCARDO GUASTINI

Manuel Atienza
Universidad de Alicante

Manuel Atienza: *Para empezar, me gustaría que nos hablaras un poco sobre tu trayectoria académica. ¿Por qué decidiste trabajar en filosofía del Derecho? ¿Quiénes han sido tus maestros? ¿Cómo era la universidad italiana de entonces?*

Riccardo Guastini: A decir verdad, no me gusta hablar de mí mismo y me siento del todo incapaz para el género literario "autobiografía". Pero de todas formas seguiré el juego.

Mi aproximación a la filosofía del Derecho ha sido un poco casual.. En el sentido de que, en la época en la que elegí el tema de mi tesis (era el 1968, si recuerdo bien), no tenía genuinos intereses filosófico-jurídicos: lo único que me interesaba verdaderamente era la filosofía (política) marxista. Y bien, en la Facultad de Derecho, la disciplina académica "Filosofía del Derecho" era la única sede disciplinar en la que podía cultivar libremente mis intereses teóricos.

Por otro lado, la filosofía del Derecho era enseñada entonces por Giovanni Tarello, que ejercía sobre mí (creo que sobre cualquiera) una gran fascinación intelectual. Era también el único docente de la Facultad de ideas evidentemente laicas y (al menos aparentemente) de izquierda. Elegirlo como maestro era inevitable.

Giovanni Tarello ha sido un maestro inolvidable, además de uno de los amigos más queridos. Podría decir, con un poco de énfasis, que de él he aprendido todo. Giovanni orientó mis estudios, mis gustos intelectuales, mis actitudes, hasta mis amistades académicas.

Sería evidentemente absurdo tratar de enumerar las cosas que me ha enseñado. Sin embargo quiero mencionar por lo menos dos: la idea de que la metajurisprudencia (en la variante analítica y en la variante historiográfica) es el único modo sensato de practicar la filosofía del Derecho, y la idea de que no se puede hacer buena filosofía del Derecho sin ser jurista, sin conocer el Derecho positivo.

También Norberto Bobbio, aunque yo no pueda considerarme discípulo directo suyo en sentido académico, ejerció sobre mí una gran influencia.

Creo haber aprendido mucho, sobre todo del estilo de Bobbio: de su estilo analítico, pero también de su estilo "literario", de su inigualable simplicidad y claridad.

Entre otras cosas, mi alejamiento del marxismo es en gran parte mérito suyo. Recuerdo uno de sus escritos, en polémica precisamente conmigo ("Critica filosofica o condanna politica?", en *Rivista di filosofia,*1, febrero 1975), que me hizo reflexionar mucho. Tuve que admitir que él tenía razón.

Debo también añadir que, siendo estudiante (en el segundo año del curso de Teoría general del Derecho), había leído y estudiado la *Teoría general del Derecho y del Estado* de Kelsen. Es quizás el libro más "formativo" que haya leído jamás. Y, con el paso de los años, su influencia sobre mi modo de pensar se ha hecho cada vez más evidente. En este sentido, también Kelsen ha sido, por así decir, uno de mis "maestros".

M.A.: *Hablemos un poco de tu pasado marxista. ¿Cuáles fueron las causas, primero, de tu adhesión al marxismo, y luego, de tu alejamiento del mismo? ¿Hay algo de valioso en el marxismo para la teoría jurídica?*

R.G.: Temía esta pregunta...

Pues bien, mi adhesión al marxismo es fácil de explicar: era comunista siendo un muchacho y, naturalmente, el marxismo constituía el mejor fundamento posible de mis preferencias políticas.

En cuanto a las preferencias políticas mismas, creo que no hay nada que explicar. Como sabes, soy emotivista (uno de los últimos que quedan, creo). Así que pienso que las preferencias políticas, justamente como las sexuales o las gastronómicas, encuentran sus raíces, banalmente, en emociones. Es cierto que también las emociones son susceptibles de explicación causal (en el ambiente, en los procesos bioquímicos, y así sucesivamente), pero no me agradaría remontarme a las causas de mis preferencias políticas.

Más difícil es explicar mi alejamiento del marxismo y, en fin, también del comunismo. Aquí, de hecho, la explicación no descansa exclusivamente en un cambio de las preferencias políticas, aunque también esto haya tenido una evidente importancia. El caso es que mi creencia en las tesis del marxismo dependía en parte de simple ignorancia. Hasta el comienzo de los años setenta, el marxismo era lo único que había estudiado a fondo. Cuando empecé a estudiar otras cosas –en particular, cuando me encontré con el positivismo lógico y con la filosofía analítica– me di cuenta, muy simplemente, de que muchas tesis marxistas (la determinación de la "superestructura" por parte de la "base" económica, la propiedad colectiva de los medios de producción, la dictadura del proletariado, la extinción del Estado,

etcétera) eran o insostenibles, o indeterminadas, o decididamente carentes de contenido. He escrito también algún ensayo al respecto.

Si por "teoría jurídica" entendemos un discurso descriptivo, *wertfrei*, sobre el Derecho, creo que no existe *una* teoría marxista del Derecho: en el sentido de que existen *dos*. Ambas son teorías que pretenden explicar causalmente, en parte, la existencia misma del Derecho y, en parte, el contenido normativo de los diversos sistemas jurídicos.

Ambas sostienen que la existencia del Derecho está indisolublemente ligada a la división de la sociedad en clases. La primera teoría sostiene, sin embargo, que el contenido del Derecho es una variable dependiente de la estructura económica de la sociedad, está enteramente determinado causalmente por el "modo de producción". Se trata, en mi opinión, de una forma (inconsciente) de iusnaturalismo: el Derecho, aquí, es concebido no como producto de creación voluntaria y consciente por seres humanos, sino como "ya dado" en las relaciones sociales. La segunda teoría sostiene, al contrario, que el contenido del Derecho está enteramente determinado por la voluntad de la clase dominante. Se trata de una variante del positivismo jurídico voluntarista.

Creo que una interpretación caritativa de ambas teorías puede ser la siguiente: se trata de conjeturas científicas que hay que someter a verificación empírica en sede historiográfica. Tengo la sospecha de que, ante la prueba de los hechos, ambas se revelan unilaterales.

M.A.: *Me gustaría que aclararas qué entiendes por "discurso descriptivo", cuando identificas la teoría jurídica con ese tipo de discurso (un discurso descriptivo y libre de valoraciones). Al referirte a la teoría (o las teorías) marxista(s) hablas de explicación causal, pero tu propia teoría del Derecho no consiste en una explicación causal de la existencia del Derecho o de sus contenidos.*

R.G.: ¿Verdaderamente la expresión "discurso descriptivo" te parece ambigua? Uso "descriptivo", en oposición a "valorativo-prescriptivo" para referirme a todo discurso del que pueda decirse que es verdadero o falso. Son, por tanto, descriptivos, en sentido estricto, los enunciados empíricos y, en sentido amplio, también los enunciados analíticos (necesariamente verdaderos o necesariamente falsos). Las tesis marxistas sobre el Derecho (al menos: en mi reconstrucción) son precisamente enunciados empíricos.

Pero naturalmente tienes razón al decir que mi manera de hacer teoría del Derecho es completamente distinta. La teoría analítica del Derecho, que yo cultivo, es un *mélange* de dos disciplinas distintas, a las que Bobbio llamaba, respectivamente, "teoría formal y estructural del Derecho" y "metajurisprudencia". La teoría formal y estructural estudia el lenguaje del Derecho

y la estructura de los sistemas jurídicos. La metajurisprudencia estudia las doctrinas y las argumentaciones de los juristas y de los jueces.

Ambas disciplinas tienen necesariamente un componente empírico, pero la parte preponderante de ambas consiste en el análisis lógico del lenguaje y en la elaboración del necesario aparato conceptual. Los conceptos se construyen mediante definiciones estipulativas y redefiniciones. Los enunciados definitorios no son ni verdaderos ni falsos, por lo que, en rigor, no pertenecen al discurso descriptivo, aun cuando sean funcionales para la descripción.

M.A.: *En realidad, el propósito de mi anterior pregunta no era el de mostrar que "discurso descriptivo" fuese una expresión ambigua, sino que un discurso descriptivo podía no tener mucho contenido empírico, tal y como acabas de explicar. La pregunta que entonces se me ocurre hacerte tiene que ver con lo siguiente. Lo que le queda a ese tipo de teoría es, básicamente, una función de clarificación conceptual; tus escritos constituyen, sin duda, ejemplos eminentes de ello. ¿Pero por qué renunciar a desempeñar también una función prescriptivo-valorativa?*

R.G.: Podría darte una respuesta rigurosamente emotivista, más o menos del siguiente tenor: las preferencias ético-políticas son fruto de emociones; las emociones son asuntos estrictamente privados; es cosa de mal gusto hablar de ello en público. Pero naturalmente estoy bromeando.

La verdad es que no tengo realmente nada contra el uso prescriptivo y valorativo del lenguaje. Pienso sin embargo dos cosas.

En primer lugar, pienso que las prescripciones y los juicios de valor deben considerarse distintos, y posiblemente separados, de los enunciados descriptivos. Creo también que la teoría del Derecho no es la sede disciplinar apropiada para prescribir y valorar. En mi lenguaje privado tiendo a llamar "teoría del Derecho" a los discursos analíticos-descriptivos y, respectivamente, "filosofía del Derecho" a los discursos valorativos-prescriptivos. Pero se trata justamente de mi lenguaje privado. Soy consciente de que no se corresponde con el uso común. En cuanto a mí, confieso que encuentro más interesante la "teoría" del Derecho que la "filosofía" del Derecho (entendidas del modo que he dicho).

En segundo lugar, pienso que para un jurista el lugar mejor en el que manifestar sus propias preferencias ético-políticas no es la filosofía del Derecho, sino el trabajo "doctrinal" o "dogmático": en suma, la interpretación (ampliamente entendida) y la respectiva argumentación. Personalmente, estoy interesado, sobre todo, en la dogmática constitucional (en general, encuentro más apasionantes los problemas de distribución del poder político que los de distribución de la riqueza). Mi bibliografía no carece del todo

de trabajos *engagés*. En los últimos veinte años (más o menos) he escrito muchos trabajos en el confín entre la teoría del Derecho y la dogmática constitucional.

M.A.: *¿Habría que inferir, de lo que acabas de decir, que no te consideras un filósofo del Derecho en sentido estricto? Si es así, ¿cómo ves, desde fuera, la situación actual de la filosofía del Derecho: en Italia y en el panorama internacional?*

R.G.: En un cierto sentido, es justo así: digamos que me considero un jurista con intereses teóricos (o filosóficos, si prefieres).

No leo de manera asidua y sistemática la literatura iusfilosófica contemporánea. Por lo tanto, no puedo responder a tu pregunta con conocimiento de causa. Sólo puedo expresar alguna impresión genérica.

En general, me parece que la mayor parte de la filosofía jurídica de estos últimos años es preferentemente no-analítica y normativa, lo que la vuelve para mí poco estimulante. Este, ciertamente, es el caso de Italia, donde la filosofía analítica del Derecho se practica solo en algunas universidades, casi todas del norte (Génova, Pavía, Milán, Bolonia, Trieste, pero también Siena, Cagliari y Palermo). Pero diría que también en el panorama internacional la situación es, más o menos, la misma.

Encuentro particularmente pesada y poco interesante la literatura anglosajona que, después de la muerte de Hart, ha regresado a un estadio preanalítico (en gran parte, creo, a causa de la nefasta influencia de Dworkin): el lenguaje es con frecuencia poco riguroso, las argumentaciones son casi siempre enrevesadas, el análisis conceptual es insuficiente, no siempre se distingue entre *Sein* y *Sollen* o bien entre analítico y empírico...La situación se agrava por el hecho de que, en general, los anglosajones no conocen otra lengua que la propia, así que no saben nada de lo que se publica en Europa continental o en América latina, y sus trabajos son completamente autoreferenciales.

A mi modo de ver, en el momento actual la filosofía jurídica mejor (con mucho, la mejor) es la de lengua castellana. Los trabajos más interesantes que he leído en los últimos años provienen de España y de Argentina.

M.A.: *Volvamos a tu obra. ¿Cuáles consideras que han sido tus principales aportaciones a la teoría del Derecho? ¿Qué trabajos, de entre tu amplia producción, destacarías y por qué?*

R.G.: Creo que he hecho un buen trabajo de clarificación conceptual en el ámbito de la teoría general del Derecho y de la teoría constitucional (o quizás en el punto de intersección de una y otra): sobre el lenguaje jurídico,

sobre la interpretación, sobre las fuentes del Derecho, sobre el razonamiento de los juristas.

Por ejemplo: el análisis de la disociación entre enunciados normativos ("disposiciones") y significados ("normas") y la teoría de las normas no formuladas; la clasificación de las normas sobre las fuentes o "sobre la producción jurídica"; el análisis de la validez, con la distinción entre la validez de actos normativos, de disposiciones normativas y de normas (que tiene aplicaciones interesantes en el análisis de las decisiones de inconstitucionalidad); la distinción entre cuatro tipos de jerarquías normativas (estructurales, materiales, lógicas y axiológicas); la distinción entre interpretación "en abstracto" (identificación de las normas) e interpretación "en concreto" (subsunción de casos concretos), que tiene importantes consecuencias (escépticas) para la teoría de la interpretación; el análisis del concepto de principio.

Probablemente mis mejores trabajos sean *Dalle fonti alle norme*, de 1990*, Distinguendo,* de 1996, *Teoria e dogmatica delle fonti*, de 1998, y *L' interpretazione dei documenti normativi*, de 2004.

Sin embargo, ninguno de estos libros me satisface ya. Por lo menos: no del todo. Muchas ideas me parecen todavía buenas, pero muchas otras están formuladas de manera demasiado apresurada o son decididamente infundadas. Cuando releo un viejo libro, me vienen ganas de reescribirlo (casi) completamente. También el libro sobre la interpretación, que sólo tiene un año, está lleno de defectos que, naturalmente, sólo ahora veo.

M.A.: *Antes hacías referencia a tus trabajos sobre el razonamiento de los juristas. ¿Podrías desarrollar un poco más esta cuestión? ¿Qué piensas sobre lo que yo llamaría la "teoría estándar" de la argumentación jurídica (la de Alexy, Aarnio, Peczenik, MacCormick)? Recuerdo haberte oído en una ocasión un comentario poco favorable sobre el libro de Alexy, sobre su "Teoría de la argumentación jurídica": ¿cuáles son tus puntos de desacuerdo con esa teoría? Por cierto, ¿qué piensas sobre la filosofía de Habermas?*

R.G.: Prefiero no pronunciarme sobre la filosofía de Habermas. Tengo de ella un conocimiento completamente superficial. Diré sólo que no comparto la teoría de la verdad como consenso que, me parece, es el fundamento de su "teoría discursiva".

Todos los autores que has mencionado han hecho contribuciones importantes a la teoría del razonamiento jurídico. Hablando en general, sus trabajos son excelentes.

Sin embargo, tengo la impresión de que gran parte de la literatura existente sobre el razonamiento jurídico presenta tres características muy discutibles.

En primer lugar, es una literatura esencialmente normativa. Casi todos los estudiosos, con pocas excepciones, tratan de establecer bajo qué condiciones un razonamiento jurídico está justificado o es correcto. Esto es particularmente evidente en la teoría de la argumentación de Alexy, que constituye una suerte de "código (moral) del razonar correcto". Bien entendido, es un "código" que comparto enteramente. Personalmente, sin embargo, no tengo la ambición de "legislar" sobre el modo de razonar de quien sea. Encuentro más interesante el análisis lógico de las formas de argumentación efectivamente usadas por los juristas y por los jueces.

En segundo lugar, es una literatura que, con pocas excepciones, trata el razonamiento jurídico de manera independiente de la interpretación: de las prácticas interpretativas y de la argumentación de las decisiones interpretativas. Yo creo, al contrario, que el análisis del razonamiento jurídico es, por así decirlo, sólo un capítulo de la teoría de la interpretación. A mi modo de ver, la parte más relevante del razonamiento jurídico, que vale la pena analizar, no es la "justificación interna" de las decisiones judiciales, y tampoco la "justificación externa" de las premisas fácticas, sino la justificación externa de las premisas normativas; en suma, la argumentación de la interpretación, las técnicas con las cuales de un enunciado normativo se obtienen normas (entendidas como significados), así como las técnicas con las cuales de normas formuladas se obtienen ulteriores normas no formuladas (con procedimientos a veces lógicos y, más frecuentemente, pseudo-lógicos)

En tercer lugar, es una literatura cuyo objeto está, en general, circunscrito al razonamiento de los jueces sobre materias de fondo: los jueces "del hecho" (típicamente los jueces penales). Casi siempre escapa de su campo de observación bien los razonamientos de los juristas dogmáticos o bien los razonamientos de los jueces de legitimidad (pienso en los jueces de casación y, sobre todo, en los jueces constitucionales). Esta limitación no me parece justificada. Por ejemplo, los esquemas de argumentación de los jueces constitucionales son evidentemente distintos de los de los jueces penales.(Incidentalmente, aprecio mucho el libro de Alexy sobre los derechos fundamentales, más que el de la teoría de la argumentación, entre otras cosas porque contiene un análisis ejemplar del juicio de ponderación entre principios.) Además, personalmente, encuentro de gran interés los modos de razonar de los juristas, entre otras cosas porque pienso que son los juristas –más bien que los jueces– los que "construyen" el Derecho, y que es la dogmática jurídica la que forja la *forma mentis* de los jueces.

M.A.: *Tu respuesta se sitúa enteramente, me parece, en la senda marcada por Tarello. Curiosamente, yo he escrito hace poco que los análisis de Tarello de los argumentos jurídicos (de los argumentos judiciales interpretativos) me parecen ejemplares y que sólo les veo un inconveniente: tratan únicamente de describir (y de explicar) y no dan criterios para la evaluación de los argumentos. ¿Estarías de acuerdo con la idea de que una teoría de la argumentación jurídica plenamente desarrollada debería permitir tres cosas: analizar los argumentos, evaluarlos y desarrollar las capacidades argumentativas (no sólo lógicas en sentido estricto) de los juristas? O, dicho de otra manera, debería dar respuesta a estas tres preguntas: ¿cómo analizar una argumentación?, ¿cómo evaluarla?, ¿cómo argumentar?*

R.G.: Si comprendo bien, a tu modo de ver, una teoría completa de la argumentación jurídica debería incluir: una parte descriptiva (¿qué argumentos son de hecho usados?), una parte valorativa (¿cuáles de estos argumentos son correctos y cuáles no?) y una parte propiamente prescriptiva (¿qué argumentos se deberían usar?). Está bien, no tengo nada que objetar. Querría subrayar, sin embargo, que se trata de dos empresas intelectuales distintas e independientes: una puramente científica y otra "política" (en sentido amplio). Digamos así: en mi opinión, sería oportuno escribir estas cosas no en un único libro, sino en dos libros distintos (la parte valorativa y la prescriptiva pueden ser unificadas). Pero confieso que yo tendría algunas dificultades para escribir la segunda y la tercera parte.

Tomemos la cuestión de la valoración de los argumentos efectivamente usados (la parte prescriptiva sería su consecuencia). No hay, me parece, más que dos posibilidades: adoptar criterios de valoración puramente formales o adoptar criterios de valoración sustantivos.

Los criterios formales, a mi modo de ver, coinciden enteramente con la lógica deductiva. Temo, sin embargo, que, desde este punto de vista, todos los argumentos de los juristas –pienso en particular en los argumentos interpretativos y en general en la "justificación externa"– se revelen simplemente incorrectos. En el mejor de los casos son entimemáticos. Además, muy raramente un jurista o un tribunal adoptan una "política de la argumentación" coherente: quiero decir, por ejemplo, que un mismo juez a veces usa el argumento de los trabajos preparatorios, pero no está dispuesto a admitir que este argumento deba usarse en toda circunstancia y que sea siempre concluyente; un mismo jurista a veces argumenta a contrario, pero otras veces prefiere argumentar por analogía; y así sucesivamente. De manera que, si se adoptan criterios formales de valoración, la parte valorativa de la teoría se reduce a bien poca cosa: la descalificación de los modos argumentativos de los juristas y nada más.

Los criterios sustanciales están obviamente condicionados por doctrinas o principios "políticos": por ejemplo, la deferencia al legislador (en hipótesis: órgano democrático), la "certeza del Derecho", la equidad en el caso concreto, algún principio de justicia, etcétera. Principios, todos, altamente controvertidos y, creo, no todos universalizables. En cuanto a mí, no estoy seguro de tener una doctrina política coherente, a la que siga una coherente "política de la argumentación".

De los principios que he mencionado, el único que estoy dispuesto a aceptar sin condiciones es el de la certeza, entendida como previsibilidad de las decisiones jurisdiccionales. Esto me hace preferir el argumento interpretativo del uso común de las palabras (me refiero al uso que es común en el momento de la interpretación, no al uso "originario", que era común en el tiempo de la promulgación) y el argumento a contrario. No amo las conjeturas sobre la *ratio legis* (menos que nada las conjeturas contrafácticas sobre la intención del legislador). Tengo una clara preferencia por la univocidad, la estabilidad y la coherencia de la jurisprudencia.

Al mismo tiempo, creo firmemente en el principio de libertad (entendido como norma de clausura del "sistema del súbdito": todo lo que no está expresamente prohibido está permitido) y en el principio de legalidad (entendido como norma de clausura del "sistema de los poderes públicos": todo lo que no está expresamente permitido está prohibido). Por lo tanto, independientemente de las estrategias argumentativas, soy favorable a una interpretación extensiva de las disposiciones normativas que confieren derechos de libertad, y a una interpretación restrictiva de las que imponen obligaciones y confieren poderes.

Temo que estas (pocas) preferencias políticas no sean suficientes para dar cuerpo a toda una "teoría" (normativa) de la argumentación.

M.A.: *Si uno se fija en la situación actual de la teoría (y de la filosofía) del Derecho, se encuentra con que en el norte y en el centro de Europa tiende a decaer, en los países anglosajones sigue siendo una disciplina vigorosa, y donde parece haber más cultivadores y mayor producción es en los países latinos: en Italia, en España, en Latinoamérica. Sin embargo, no parece existir una teoría del Derecho producida en nuestro mundo con rasgos originales; el caso de Bobbio me parece paradigmático: desde un punto de vista es el mayor filósofo del Derecho del siglo XX, pero no hay una teoría original bobbiana del Derecho. ¿Estás de acuerdo con este diagnóstico? Si es así, ¿a qué crees que se debe esa situación? ¿Tiene sentido, en tu opinión, la idea de construir una teoría del Derecho "latina" con ciertos rasgos distintivos: por ejemplo, capaz de fijar una agenda de problemas, de definir un cierto estilo de discusión, etc.?*

R.G.: Comparto tu diagnóstico con dos precisiones.

La primera se refiere a Bobbio. Es verdad que no se encuentra en Bobbio una teoría del Derecho completa, parangonable, para entendernos, a la "teoría pura" (cuya exposición mejor, en mi opinión, es la *General Theory of Law and State* de 1945). Sin embargo, en Bobbio –sobre todo en sus trabajos de los años cincuenta– se encuentran muchas ideas buenas y originales: por ejemplo, sobre la ciencia jurídica, sobre el razonamiento de los juristas, sobre la lógica jurídica. Por otro lado, no existe en la cultura jurídica del siglo pasado una teoría general del Derecho parangonable a la teoría pura. (Incidentalmente, no diría que Bobbio es "el mayor filósofo del Derecho del siglo XX". Uno de los mayores, sin duda: junto a Ross, Hart, von Wright, Alchourrón y Bulygin. Pero no "el mayor", que, en mi opinión, es sin sombra de duda Kelsen.)

La segunda se refiere a la teoría del Derecho del mundo "latino". Dices que no existe una teoría del Derecho "latina" con rasgos originales. Me parece un juicio demasiado severo. Ciertamente, como decía hace un momento, no existe nada que sea parangonable a la teoría pura. Pero existe una multitud de contribuciones originales. Pienso, para poner algún ejemplo, en algunos estudios de Scarpelli (su *Contributo alla semantica del linguaggio normativo*), de Conte (el *Saggio sulla completezza degli ordinamenti giuridici*), de Tarello (*Diritto, enunciati, usi*, *L'interpretazione della legge*); pienso en *Normative Systems*; pienso, para situarnos en tiempos más recientes, en *Diritto e ragione* de Ferrajoli, en la *Dialettica della giustificazione pratica* de Celano, y también en *Las piezas del Derecho*. Pero podrías añadir: los estudios de Alchourrón sobre la "defeasibility" de las normas, los trabajos de Bayón y Redondo sobre las normas como razones para la acción, el libro de Moreso sobre la indeterminación del Derecho, los estudios de Chiassoni sobre la interpretación, los estudios de Comanducci sobre el razonamiento jurídico, etcétera. En suma, aunque no exista una teoría general "completa", alternativa a la teoría pura, hay ya disponibles –por así decir– muchos ladrillos con los que construirla.

En cuanto a tu pregunta final (si tiene sentido intentar construir una teoría del Derecho "latina", con sus rasgos originales), no sé responder. Diré sólo esto:

(a) Por lo que se refiere al estilo de discusión, me parece que la teoría del Derecho del mundo "latino" se caracteriza hoy por un estilo decididamente analítico (rigor del lenguaje y de las argumentaciones, etc.), mientras que cada vez es menos analítico el estilo de la teoría del Derecho anglosajona. Me gustaría que el estilo "latino" fuera tomado universalmente como ejemplo, pero no me hago ilusiones al respecto.

(b) Por lo que se refiere a la agenda de los problemas, me parece que los estudiosos "latinos" podrían ampliar útilmente el horizonte tradicional de la teoría del Derecho en la dirección de la teoría constitucional. La teoría constitucional es parte constitutiva de la teoría pura, pero está casi completamente ausente en Bobbio, como también en los autores británicos (que no conocen una constitución estricta y rígida). Hay, por el contrario, mucha teoría constitucional en la literatura estadounidense, pero es toda fastidiosamente normativa, y se confunde con la filosofía de la justicia.

M.A.: *Hace tiempo que pienso que el mayor defecto de la filosofía, o la teoría, del Derecho "latina" es su falta de pragmatismo, en el sentido de que, a diferencia de lo que ocurre –por ejemplo– con la teoría jurídica estadounidense, entre nosotros –me parece– hay una excesiva separación entre teoría y práctica, entre los teóricos del Derecho, por un lado, y los juristas dogmáticos, los abogados o los jueces, por el otro. Hemos construido quizás una teoría del Derecho de alto nivel técnico, pero poco influyente en la práctica. Ahora bien, yo creo que lo que contribuye a que la teoría estadounidense logre tener esa implantación práctica es, de manera destacada (hay elementos de tradición cultural, institucionales, etc. que dejo de lado), el que sea "fastidiosamente normativa". Y aquí viene mi pregunta: ¿No crees que existe algún tipo de incompatibilidad entre, por un lado, tu orientación hacia una teoría del Derecho no normativa y, por otro lado, tu interés por una teoría, o filosofía, del Derecho "de los juristas", centrada en la práctica jurídica efectiva (de los dogmáticos, de los jueces, de los abogados)? En todo caso, ¿qué piensas sobre el papel que la teoría del Derecho del mundo latino está teniendo en la cultura jurídica y en la práctica del Derecho en general?*

R.G.: Es verdad: desgraciadamente la teoría general del Derecho tiene una escasísima influencia sobre la práctica de los juristas y de los jueces, esto es, sobre la dogmática y sobre la jurisprudencia. Esto, por lo menos, es verdadero para Italia.

Las excepciones no faltan: pienso, por ejemplo, en algunos trabajos de Bobbio, de Tarello, de Ferrajoli, y también...de Guastini. Pero hablando en general, juristas y jueces no leen la literatura teórica; probablemente no la encuentran interesante para su trabajo, demasiado abstracta, demasiado enrarecida. Parece que la perciban como un inútil ejercicio intelectual. Debo decir con determinación que *están equivocados*: los juristas y los jueces que no estudian la teoría general del Derecho son ignorantes, y permanecen ignorantes, inconscientemente felices de su ignorancia.

Es verdad también, sin embargo, que con frecuencia los teóricos del Derecho no hacen para hacerse leer, apreciar y utilizar por los "prácticos".

No creo que eso dependa del carácter programáticamente descriptivo, valorativamente neutral, de la teoría general. Creo que depende sobre todo de su "estilo" dominante. Me explico.

Hace algún año escribí un ensayo ("Questione di stile", *Materiali per una storia della cultura giuridica*, 1987) en el que, inspirándome en algunas ideas de Bobbio y de Gavazzi y también del peculiar estilo teórico de Tarello– trataba de distinguir dos modos de practicar la teoría del Derecho, dos "estilos" exactamente: un estilo "filosófico" y un estilo "jurístico" ("giuristico" en italiano ["jurístico" en castellano] es un neologismo tomado del inglés "juristic"). La distinción, por lo que recuerdo, era terriblemente imprecisa, y aun hoy no soy capaz de trazarla en términos conceptualmente nítidos.

Grosso modo, el estilo filosófico se caracteriza al menos por los rasgos siguientes:

(a) por la elección de temas y problemas que tienen poco o ningún relieve para la práctica jurídica (algún ejemplo: el concepto de Derecho, la *is-ought question*, la cuestión de si la lógica se aplica a las normas jurídicas, la doble negación de los enunciados deónticos, la controversia entre iusnaturalismo y iuspositivismo, la controversia entre iuspositivismo exclusivo e inclusivo, etc.);

(b) por el hecho de tratar tales problemas de manera bastante auto-referencial, esto es, a partir de la literatura filosófico-jurídica (o filosófica *tout court*) y no a partir de la doctrina o de la jurisprudencia y, por tanto, sin ninguna referencia al modo en que esos problemas se configuran (*si* se configuran) en la práctica jurídica.

El estilo jurístico, por su lado, se caracteriza simétricamente:

(a) por la elección de temas y problemas directamente relevantes para la práctica jurídica (algún ejemplo: el concepto de carga, el concepto de derecho subjetivo, el concepto de fuente, el concepto de ilícito atípico, la estructura de la motivación de las decisiones jurisdiccionales, el uso de los principios en el razonamiento de los jueces constitucionales, las técnicas de interpretación, etc.);

(b) por el hecho de tratar tales temas a partir de las obras doctrinales y de las sentencias.

Naturalmente, el estilo filosófico y el estilo jurístico no son mutuamente excluyentes. Y, de cualquier modo, la distinción es sólo "cuantitativa": es una cuestión de grado.

Pues bien, en el mundo "latino", el estilo dominante en teoría del Derecho es sin duda el estilo filosófico. No quiero sugerir que los trabajos escritos en estilo filosófico carezcan de interés –al contrario, con frecuencia (no siempre) afrontan temas apasionantes– pero cabalmente no son capaces

de suscitar la atención de los juristas. Trataré de explicarme mejor con un simple ejemplo: me imagino que en Argentina "todo el mundo" habrá leído (con provecho) el libro de Genaro Carrió sobre la sentencia arbitraria; pero ¿cuántos juristas habrán leído o leerán el (bello) libro de Jorge Rodríguez sobre la lógica de los sistemas jurídicos?

M.A.: *Aunque no te guste mucho el género de la autobiografía, pensando en los intereses de los lectores de esta entrevista, me gustaría que añadieras algunos datos a los que pueden extraerse de tus anteriores respuestas (el por qué de tu dedicación a la filosofía del Derecho, la influencia de algunos "maestros", el paso del marxismo a la filosofía analítica). Por ejemplo: ¿cómo ha transcurrido tu vida académica?, ¿qué piensas de la universidad italiana y de la universidad en general?, ¿qué ha cambiado desde el año 1968 hasta ahora? Si tuvieras la posibilidad de volver a empezar tu trabajo académico, ¿elegirías el campo de la filosofía (o la teoría) del Derecho? Además del estudio de los textos teóricos a los que antes hacías referencia, ¿qué otros elementos han influido en tu formación? Si me permites un poco de "metafísica existencial", ¿qué significa en tu vida la filosofía –o la teoría– del Derecho? Un esfuerzo tan intenso –y ya, también, extenso– como el que tu has hecho tiene que tener detrás un potente motor: ¿cuál ha sido?*

R.G.: ¡Demasiadas preguntas! Vayamos con orden.

(1) Perdona si eludo tu pregunta sobre el "motor" psicológico de mi trabajo de investigación. Sólo puedo decir que en los primeros años el "motor", verdaderamente "potente", era la pasión política. Hoy me apasiona aún la política constitucional, menos las ideologías políticas. La verdad es que hoy trabajo esencialmente porque me apasiona la investigación en cuanto tal.

¿Qué más podría decir? No tengo ninguna inclinación por el autoanálisis psicológico. ¿Quizás signifique que no me conozco a mí mismo? Es posible...

(2) Mi vida académica no tiene una historia interesante, me temo. Comencé a enseñar muy pronto (al menos para lo que es habitual en Italia): en 1973, cuando tenía veintisiete años. Durante tres años enseñé "Filosofía del Derecho" en Sassari. Creo que en estos primeros años mi enseñanza (una *mélange* de teoría general, historia de la cultura jurídica y marxismo) habrá sido de poco valor: sabía realmente poco y, por tanto, tenía poco que enseñar.

En 1976 gané una cátedra de "Teoría del Estado" (en Trieste, donde, sin embargo, por varias razones que sería enojoso contar, nunca enseñé). Desde 1976 siempre enseñé en Génova, en la misma Facultad en la que estudié. Hasta hace pocos años enseñaba "Teoría general del Derecho", así como (desde los primeros ochenta) "Derecho constitucional". Desde hace

algún año enseño "Técnicas de interpretación y de argumentación"; desde este año, también "Teoría del Estado". Al inicio de mi carrera académica, enseñar no me gustaba nada; lo consideraba sólo un gravoso débito a pagar para dedicarme libremente a la investigación, lo único que quería hacer. Hoy ya no es así: tengo muchas cosas que enseñar, las enseño con gusto, y (espero) bastante bien. Creo que lo único interesante de esta historia es el hecho de haber enseñado, durante cerca de veinte años, Derecho constitucional. En otros países es normal que los filósofos del Derecho enseñen (también) una disciplina jurídica "positiva", como suele decirse. En Italia, como quizás también en España, es completamente excepcional (durante un año mi maestro Giovanni Tarello enseñó "Derecho civil"; no recuerdo otros casos). Por otro lado, estoy convencido de que el hecho de enseñar (al mismo tiempo) Derecho constitucional ha mejorado grandemente la calidad de mis cursos de teoría general del Derecho.

Encuentro todavía muy apasionantes tanto la teoría general (incluida ahí la teoría de la interpretación) como el Derecho constitucional (especialmente la *teoría* constitucional). Si tuviera que iniciar hoy mi carrera universitaria, creo que volvería a hacer las mismas elecciones. De todos modos, el aspecto mejor de mi "vida académica" está constituido por mis discípulos, de los que estoy muy orgulloso y a los que aprecio mucho. Circunscribiendo el discurso a los discípulos directos, dos de ellos son ahora catedráticos: Pierluigi Chiassoni enseña "Teoría general del Derecho" en mi misma Facultad, Gianpaolo Parodi enseña "Derecho constitucional comparado" en Pavía. Otros dos son muy jóvenes, pero también prometen mucho: Francesca Poggi ha publicado un bello libro sobre las normas permisivas; Giulio Itzcovich está a punto de publicar uno sobre las teorías del Derecho comunitario en Italia. Pero siento también un gran afecto por algunos discípulos "indirectos", como Mauro Barberis y Bruno Celano. Creo poder decir que se trata de estudiosos que están entre los mejores de su generación. De todos ellos he aprendido algo.

(3) Entre las cosas que han influido sobre mi formación, y que no he recordado anteriormente, podría mencionar algunas largas discusiones políticas (hacia el final de los años setenta) con dos queridos amigos, Luigi Ferrajoli y Danilo Zolo, a través de las cuales maduré mi abandono de la doctrina comunista.

Podría mencionar un encuentro (en 1974) con Alessandro Passerin d' Entrèves, el cual, por así decir, me hizo tomar plena consciencia del carácter meramente sugestivo del lenguaje de Hegel, con esta simple observación: es suficiente con leer la *Rechtsphilosophie* en traducción inglesa para que resulte evidente su total vacuidad. Desde entonces siempre he tratado de escribir cosas... "traducibles al inglés" sin pérdida de sentido.

(4) En cuanto a la universidad... Un conocido humorista gráfico italiano, Altan, ha hecho decir a uno de sus personajes: "A veces me vienen ideas que no comparto". También a mí, a propósito del estado de la universidad (en Italia), me vienen ideas que no comparto.

Después de 1968 la universidad italiana cambió profundamente. Era una universidad relativamente elitista y se ha vuelto una universidad de masas. En los últimos años, en fin, también los docentes se han multiplicado de manera incontrolada. El resultado ha sido un descenso dramático de la calidad bajo todos los puntos de vista. La inmensa mayoría de los estudiantes está constituida por muchachos intelectualmente analfabetos, y esto da un profundo sentido de desaliento, una sensación de inutilidad, a quien trata de enseñarles algo. Muchos colegas de las últimas generaciones son estudiosos de ínfimo nivel, o no son estudiosos en absoluto: imposible tener con ellos algún tipo de intercambio intelectual.

En suma, el estado de la universidad en Italia inspira *laudationes temporis actis* y otros pensamientos reaccionarios semejantes. Es un poco embarazoso.

M.A.: *Imagina que eres llamado por un "Comité de Bolonia" para asesorar sobre los futuros planes de estudio (de Derecho) en los países de la Unión Europea. Te piden un corto documento (de una página) en el que debes dar respuesta a dos preguntas: ¿por qué estudiar teoría del Derecho?, ¿qué contenido y enfoque debe tener la asignatura?*

R.G.: ¿Por qué enseñar y estudiar teoría del Derecho? Debería responder con una larga cita de las bellas páginas finales del reciente libro de Pierluigi Chiassoni (*L'utopia della ragione analitica*, Torino, 2005). Chiassoni aclara con mucho cuidado que la teoría del Derecho "sin Derecho positivo" es vacía, pero al mismo tiempo que la ciencia del Derecho positivo "sin teoría" es ciega.

Pero, dicho brevemente y sin citas, la teoría del Derecho constituye el alfabeto, el vocabulario, y la sintaxis de la ciencia jurídica y de la política del Derecho.

Por un lado, el Derecho positivo es incomprensible sin un pleno dominio (que presupone un análisis cuidadoso) de los conceptos que atraviesan todo el ordenamiento jurídico (y que, por lo demás, son comunes a una pluralidad de ordenamientos similares) como, por ejemplo: Estado, constitución, fuente, ley, norma, validez, obligación, poder, derecho subjetivo, soberanía, etc.

Por otro lado, cualquier política del Derecho consciente y responsable presupone el conocimiento (y, por tanto, un "análisis desapasionado", como escribe Chiassoni) de las doctrinas, de las ideologías y de las técnicas interpretativas de los juristas.

Se podría añadir que la teoría del Derecho desempeña también un servicio accesorio de gran importancia práctica: la disolución de las controversias puramente verbales (que frecuentemente, sin embargo, esconden graves disensos "políticos") como, por ejemplo, la cuestión de si el llamado Derecho internacional es "Derecho" (o sea, si el ordenamiento internacional es un ordenamiento jurídico), la cuestión de si los jueces crean Derecho, la cuestión de si los llamados derechos sociales son verdaderos "derechos subjetivos", etcétera.

Hay, me parece, esencialmente cuatro cosas que caen en el dominio de la teoría del Derecho: (1) el análisis del lenguaje normativo en cuanto tal, (2) el análisis de los conceptos jurídicos fundamentales, (3) el análisis estructural de los sistemas jurídicos, (4) el análisis de las técnicas de interpretación y de la argumentación.

Quizás merezca la pena subrayar (dado que la cosa podría no ser autoevidente) que la teoría del Derecho puede ser enseñada sólo por juristas y sólo a estudiantes de Derecho. A pesar de sus evidentes conexiones con la filosofía (en particular con la filosofía analítica), no puede ser enseñada por "filósofos" desprovistos de conocimientos jurídicos, ni puede ser comprendida por estudiantes que no estudien al mismo tiempo el Derecho positivo.

Todavía una observación. La teoría del Derecho es un discurso que versa esencialmente no sobre hechos empíricos, sino sobre el lenguaje: sea el lenguaje del Derecho (o sea, de las fuentes), sea el lenguaje de los juristas y de los jueces. Por esta razón, el análisis del lenguaje es un elemento esencial de cualquier teoría del Derecho: en suma, no se puede enseñar la teoría del Derecho sin enseñar también, contextualmente (y preliminarmente), el análisis del lenguaje.

Ello no supone la adhesión a una particular teoría filosófica (el neoempirismo o positivismo lógico), aun cuando las técnicas de análisis del lenguaje, de hecho, se han desarrollado en el ámbito de una corriente filosófica determinada. Yo pienso que la filosofía es no una *Weltanschauung*, una concepción del mundo, sino más bien una actividad, una práctica, y precisamente una práctica analítica.

Pues bien, el análisis del lenguaje es una condición necesaria para la alfabetización de los estudiantes (y, por lo demás, también de los enseñantes). Me explico. Imagina una persona que no distingue entre el agua y el vino, entre un código y un manual, o bien entre lo que está escrito en un libro y lo que sucede en el mundo, o que no sabe usar la gramática de la lengua en la que habla. ¿Dirías que es un mal filósofo? ¿O no dirías más bien que es ignorante o simplemente estúpido? Lo mismo se debería decir de un jurista que no sepa distinguir entre descriptivo y prescriptivo, entre empírico y analítico, entre una afirmación científica y un juicio de valor, etc. En suma,

quien no conoce el análisis del lenguaje no es un mal filósofo: simplemente, es un analfabeto cultural. He aquí por qué, a mi juicio, una parte de cualquier curso de teoría del Derecho debería estar dedicada a enseñar el análisis del lenguaje.

M.A.: *Para terminar. ¿Cuál es tu plan de trabajo para el inmediato futuro? ¿Y a más largo plazo?*

R.G.: Confieso que no tengo planes de trabajo precisos en el inmediato futuro. Estudio poco y con dificultad (también porque mi salud no es muy buena). En este momento me preocupo sobre todo por dar buenos cursos de lecciones.

A largo plazo, me gustaría escribir una teoría general del Estado. Tras las huellas de Kelsen, para entendernos. La teoría del Estado de Kelsen es una obra maestra hasta hoy insuperada (tampoco yo me hago ilusiones de "superarla"), pero presenta algunos puntos críticos que merecen discusión y muchas lagunas que tendrían que colmarse. He empezado a trabajar, pero no cuento con acabar pronto.

(Trad. de Manuel Atienza)

REGLAS PARA LA PUBLICACIÓN DE TRABAJOS EN DOXA

1. CORRESPONDENCIA. Los originales se remitirán a:

Manuel Atienza
Departamento de Filosofía del Derecho
Facultad de Derecho
Universidad de Alicante
Aptdo. Correos 99
E-03080 Alicante
España
e-mail: doxa@ua.es

2. COPIAS. El original deberá ir acompañado de una fotocopia y de una versión en diskette, en WP o en Word.

3. EXTENSIÓN DE LOS TRABAJOS. Para la sección de artículos, la extensión recomendada es de 25 a 30 páginas a doble espacio. En ningún caso se aceptarán originales que superen el límite de las 45 páginas. Para la sección de notas, la extensión recomendada es de 15 a 20 páginas a doble espacio y en ningún caso se aceptarán originales que superen el límite máximo de 30 páginas.

4. ABSTRACT. Los trabajos deberán ir precedidas por dos abstracts (uno en español y otro en inglés) de una extensión no superior a 10 líneas.

5. ACEPTACIÓN. La redacción de la revista dará acuse de recibo de los trabajos que le lleguen y los pasará a informe confidencial. El resultado de los informes se comunicará a los interesados y sólo podrá ser uno de los siguientes:

– Aceptación del trabajo.

– Aceptación condicionada a una adaptación de la extensión del trabajo.

– No aceptación del trabajo.

6. PUBLICACIÓN. Los trabajos aceptados pasarán a formar parte del fondo de la revista, la cual se compromete a su publicación. La redacción tomará de dicho fondo los trabajos que conformarán cada número. Una vez cerrado un número, lo comunicará a los autores cuyos trabajos vayan a aparecer en él.

7. EJEMPLARES. Una vez que el número haya sido publicado, se enviará a cada autor dos ejemplares del mismo y 45 separatas. En aquellos casos en que la redacción decida unir en una única separata varios artículos (por constituir una unidad; por ejemplo, una polémica) se procederá al reparto de la misma entre los diversos autores.

D O X A
CUADERNOS DE FILOSOFÍA DEL DERECHO

Ed. Seminario de Filosofía del Derecho de la Universidad de Alicante
y Centro de Estudios Políticos y Constitucionales

(A estos precios se ha de añadir 4% de IVA)

Nº 1, 1984, 275 págs., agotado.
Nº 2, 1985, 247 + 46 págs., agotado.
Nº 3, 1986, 329 + 6X págs., agotado.
Nº 4, 1987, 429 + 88 págs., 24,04 euros.
Nº 5, 1988, 361 + 43 págs., 30,05 euros.
Nº 6, 1989, 550 págs., 33,06 euros.
Nº 7, 1990, 352 págs., 24,04 euros.
Nº 8, 1990, 332 págs., 24,04 euros.
Nº 9, 1991, 344 págs., 27,05 euros.
Nº 10, 1991, 358 págs., 30,05 euros.
Nº 11, 1992, 323 págs., 30,05 euros.
Nº 12, 1992, 392 págs., 30,05 euros.
Nº 13, 1993, 356 págs., 30,05 euros.
Nº 14, 1993, 513 págs., 33,06 euros.
Nº 15-16, 1994, 1.060 págs., Volumen I: 36,06 euros; Volumen II: 36,06 euros.
Nº 17-18, 1995, 520 págs., 36,06 euros.
Nº 19, 1996, 458 págs., 36,06 euros.
Nº 20, 1997, 505 págs., 36,06 euros.
Nº 21 (Volumen I y II), 1998, 938 págs., 36,06 euros.
Nº 22, 1999, 676 págs., 36,06 euros.
Nº 23, 2000, 776 págs. 36,06 euros.
Nº 24, 2001, 36,06 euros.

Secciones: I. *Enrique Marí* (Christian Courtis). **II.** *Sobre el razonamiento jurídico* (Juan Carlos Bayón, Ángeles Ródenas, Juan Antonio García Amado, Manuel Atienza y Juan Ruiz Manero). **III.** *Tendencias en la teoría del Derecho contemporánea* (Pablo E. Navarro, Enrique P. Haba, Minor E. Salas, Andrés García Inda). **IV.** *Problemas de filosofía moral y política* (José Luis Colomer, Hugo Seleme, Marcelo Neves, Jorge F. Malem). **V.** *Artículos* (Bruno Celano, Josep Aguiló Regla, Francisco J. Laporta, José Luis Díez Ripollés, José Juan Moreso, Ricardo Víctor Guarinoni, Pablo Larrañaga, Santiago Sastre Ariza, Ricardo A. Guibourg). **VI.** *Notas* (Matti Sintonen, Alfonso García Figueroa, María José González Ordovás). **VII.** *Entrevista a Robert Alexy* (Manuel Atienza). **VIII.** *Bibliografía* (Cristina Fernández-Pacheco Estrada).

Nº. 25, 2002, 36,06 euros.

Secciones: I. *Alessandro Baratta* (Paolo Becchi). **II.** *Problemas de filosofía moral y política* (Martín D. Farrell, Paolo Becchi, Rafael Alcácer Guirao, Antonio-Enrique Pérez Luño, Xacobe Bastida Freixedo, Rex Martin). **III**. *Sobre el positivismo jurídico* (Liborio Hierro, Tom Campbell, Luis Manuel Sánchez Fernández). **IV.** *Artículos* (Ulises Schmill O., Isabel Lifante Vidal, María Inés Pazos, Victoria Roca Pérez, Enrique P. Haba, Gunther Teubner, Guillermo Lariguet, François Ost). **V.** *Notas* (José Juan Moreso, Ricardo Víctor Guarinoni, Andrea Greppi, Rubém Ortega Cotarelo, César Arjona, Carlos Cossio). **VI.** *Entrevis*ta a José Delgado Pinto (Miguel Ángel Rodilla). **VII.** *Bibliografía* (Hugo Ortiz).

Nº. 26, 2003, 36,06 euros.

Secciones: I. *George Hendrik von Wright* (Daniel González Lagier, Georg Henrik von Wright, Eugenio Bulygin, Jorge Rodríguez, Carlos Alarcón Cabrera, Pablo Navarro, José Juan Moreso, Cristina Redondo). **II.** *Robert Alexy y la filosofía del Derecho* (Robert Alexy, Rodolfo Vigo, Carlos Bernal Pulido). **III**. *Artículos (*Horacio Spector, Luc J. Wintgens, Josep Aguiló Regla, Fernando Atria, Mª. Lourdes Santos Pérez, César Arjona, Ángeles Ródenas, Liborio Hierro, Ricardo García Manrique, José Carlos Munielo Cobo, Stanley L. Paulson, Ulises Schmill, Brian Bix, Daniel González Lagier, Tecla Mazzarese). **IV.** *Notas* (Manuel Atienza, Juan Ruiz Manero, Victoria Roca, Macario Alemany, Federico Fernández-Crehuet, Aylton Barbieri Durao, Ángel Pelayo González-Torre, Oscar Moro Abadía, Enrique P. Haba). **V.** *Entrevista a Ricardo Guibourg* (Manuel Atienza). **VI.** *Bibliografía* (Leopoldo Gama, Victoria Roca Pérez).

Muy Sres. míos / *Dear Sirs:*

a) Ruego me remitan los siguientes números de DOXA/

a) Please send me the following issues of DOXA:

Nº	Año/*Year*	Nº de ejemplares / *No. of copies*
4	1987	.....
5	1988	.....
6	1989	.....
7	1990	.....
8	1990	.....
9	1991	.....
10	1991	.....
11	1992	.....
12	1992	.....
13	1993	.....
14	1993	.....
15-16	1994	.....
17-18	1995	.....
19	1996	.....
20	1997	.....
21	1998	.....
22	1999	.....
23	2000	.....
24	2001	.....
25	2002	.....
26	2003	.....
27	2004	.....

b) Ruego me suscriban para los próximos números de DOXA/

b) Please subscribe me to the next issues of DOXA:

Nombre / *Name* .....

.....

Profesión / *Profession* .....

.....

Dirección / *Address*.....

.....

Localidad / *City* .....

.....

País / *Country* .....

.....

Fecha y firma / *Date and Signature*.....

Remitir a: Marcial Pons
Agencia de suscripciones
c/ San Sotero, 6
28037 Madrid - ESPAÑA
Teléfono 913 043 303 - Fax 913 272 367

El futuro del positivismo jurídico
Eugenio Bulygin:
¿Está (parte de) la filosofía del Derecho en un error?
Tom Campbell:
El sentido del positivismo jurídico (II): El positivismo jurídico prescriptivo como un derecho humano
José Juan Moreso:
El positivismo jurídico y la aplicación del Derecho
Tomasz Gizbert-Studnicki y Tomasz Pietrzykowski:
Positivismo blando y la distinción entre Derecho y moral
Fernando Atria:
La ironía del positivismo jurídico

A propósito de los derechos humanos
Marcelo Neves:
La fuerza simbólica de los derechos humanos
Marcelo Alegre:
¿Quién le teme a la igualdad?
Gloria Lopera:
Los derechos humanos como mandatos de optimi- zación

Artículos
Riccardo Guastini:
Proyecto para la voz "Ordenamien- to jurídico" de un diccionario
Luis Vega Reñón:
Entimemas
Guillermo Lariguet:
Conflictos trágicos y Derecho. Posibles desafíos
Idowu W. William:
La doctrina de la revisión judicial y la obligación de obedecer al Derecho
Minor E. Salas:
Vade Retro, Fortuna. O de la expulsión de "Satanás" –el Azar– del mundo de las Ciencias So- ciales (Con especial énfasis en la "pseudo-ciencia" jurídica)
Her- nán Bouvier:
Reglas y razones subyacentes

Notas
L. Ferrajoli:
Recuerdo de Letizia
Enrique P. Haba:
El asunto del fundamento para los Derechos Humanos: ¡Pseudoproblema! (o bien, cuestión de unas elucidaciones cuasiteológicas)
Isabel Trujillo:
El poder de la razón jurídica. Nota sobre el desarrollo de la hermenéutica jurídica italiana

Entrevista
Manuel Atienza:
Entrevista a Riccardo Guastini