# D O X A

CUADERNOS DE
FILOSOFÍA DEL DERECHO

**https://doxa.ua.es**

*Doxa. Cuadernos de Filosofía del Derecho* es una publicación de carácter anual que, desde 1984, trata de servir como vehículo de comunicación e intercambio entre los filósofos del Derecho latinoamericanos y los de Europa latina.
Esta edición de *Doxa. Cuadernos de Filosofía del Derecho* ha contado con una ayuda económica del Vicerrectorado de Investigación y Transferencia del Conocimiento de la Universidad de Alicante.

Universitat d'Alacant
Universidad de Alicante

Universitat d'Alacant
03690 Sant Vicent del Raspeig
Web Doxa: https://doxa.ua.es
Web Revistas UA: https://revistes.ua.es
Teléfono: 965 903 480

© los autores, 2020
© de esta edición: Universitat d'Alacant

ISSN: 0214-8676
e-ISSN: 2386-4702
Depósito legal: M-27.661-1989

Diseño de cubierta: candela ink
Composición: Marten Kwinkelenberg

*Doxa. Cuadernos de Filosofía del Derecho* ha sido reconocida con el Sello de Calidad de la Fundación Española para la Ciencia y la Tecnología (FECYT) y está recogida e indexada en CARHUS PLUS+, Dialnet, ÍnDICEs-CSIC, DOAJ, ESCI (*Web of Science*), Google Scholar, Latindex, MIAR, Periodical Index Online (PIO) y REDIB. Aceptada y en proceso de indexación por Scopus.

Los contenidos están bajo una licencia Creative Commons Atribución 4.0 Internacional. Esta licencia permite que los contenidos de los artículos de *Doxa. Cuadernos de Filosofía del Derecho* se puedan copiar y redistribuir en cualquier medio y formato, así como su adaptación (remezclando, transformando o construyendo a partir del material) para cualquier propósito, incluso para un uso comercial. En cualquier caso, el usuario que utilice sus contenidos debe citar de forma adecuada, proporcionar un enlace a la licencia e indicar si se han realizado cambios. Los términos de la licencia se encuentran disponibles en: https://creativecommons.org/licenses/by/4.0/deed.es

Departamento de Filosofía
del Derecho
Universidad de
Alicante

Alicante, 2020

# Índice

## Artículos

Francisco J. Laporta
**Religión y ética. Apuntes para una semblanza de Javier Muguerza** . . . . . 13
*Religion and Ethics. Notes for a Profile of Javier Muguerza*

Juan José Gil Cremades
**Jhering en Ortega y Gasset** . . . . . 31
*Jhering in Ortega y Gasset*

Antonio Manuel Peña Freire
**Lecciones del nazismo jurídico para la filosofía de derecho: Radbruch y el positivismo jurídico** . . . . . 59
*Lessons from Legal Nazism for Legal Philosophy: Radbruch and Legal Positivism*

Delia Manzanero
**La recepción de Hegel en España: las objeciones krausistas a su teoría del Estado** . . . . . 83
*The Reception of Hegel in Spain: Krausist Criticism to his Theory of the State*

Matías Parmigiani
**El alcance justificatorio del consentimiento tácito. El problema de Locke y la lógica del beneficio** . . . . . 103
*The Scope of Justification of Tacit Consent. Locke's Problem and the Logic of the Beneficial*

José J. Jiménez Sánchez
**La retórica como política** . . . . . 133
*Rhetoric as Politics*

Pablo E. Navarro
**Lagunas en el Derecho y casos irrelevantes** . . . . . 159
*Legal Gaps and Irrelevant Cases*

Horacio J. J. Piombo
**El pragmatismo judicial de Oliver Wendell Holmes, Jr. y la teoría predictiva del Derecho** . . . . . 189
*The Legal Pragmatism of Oliver Wendell Holmes, Jr. and the Predictive Theory of Law*

Matthias Klatt
**La filosofía del Derecho de Robert Alexy como sistema** . . . . . 219
*Robert Alexy's Philosophy of Law as System*

## Ética jurídica aplicada

Isabel Turégano Mansilla
**Los valores detrás de la privacidad** . . . . . 255
*Values behind Privacy*

Federico Arcos Ramírez
**¿Existe un derecho humano a inmigrar? Una crítica del argumento de la continuidad lógica** . . . . . 285
*Is There a Human Right to Immigrate? A Critic of the Argument of Logical Continuity*

Marc-Abraham Puig Hernández
**La objeción de conciencia y el diálogo judicial** . . . . . 313
*Conscientious Objection and Judicial Dialogue*

Giorgio Maniaci
**¿Incentivos económicos a la cesión de órganos entre vivos?** . . . . . 341
*Financial Incentives for Living Organ Transfer?*

María Valentina Huais
**Justicia distributiva y costos de crianza: ¿pueden los progenitores trasladar a la sociedad algunos de los costos que generan sus hijos?** . . . . . 369
*Distributive Justice and Childrearing Costs: Could Parents Transfer to Society Some of the Costs Associated with Their Children?*

## Notas

Diego Dei Vecchi
**Estándares de suficiencia probatoria, moralidad política y costos de error: el núcleo inconsistente de la epistemología jurídica de Larry Laudan** . . . . . 397
*Standards of Proof, Political Morality, and Cost of Error: The Inconsistent Core of Larry Laudan's Legal Epistemology*

Víctor García Yzaguirre
**Exceptuando normas: apuntes para un análisis conceptual**. . . . . 427
*Excepting Norms: Notes for a Conceptual Analysis*

## Entrevista

Manuel Atienza
**Entrevista a Juan José Gil Cremades** . . . . . 459
*Interview to Juan José Gil Cremades*

# ARTÍCULOS

Doxa. Cuadernos de Filosofía del Derecho, (2020), *43*
e-ISSN: 2386-4702 | ISSN: 0214-8676

# Religión y ética. Apuntes para una semblanza de Javier Muguerza*

## Religion and Ethics. Notes for a Profile of Javier Muguerza

Francisco J. Laporta

**Autor:**
Francisco J. Laporta
Universidad Autónoma de Madrid, España
francisco.laporta@uam.es

**Recibido:** 23-1-2020
**Aceptado:** 23-1-2020

**Citar como:**
Laporta, Francisco J., (2020). Religión y ética. Apuntes para una semblanza de Javier Muguerza. Doxa. Cuadernos de Filosofía del Derecho, *43*, pp. 13-30. https://doi.org/10.14198/DOXA2020.43.01

**Licencia:**
Este trabajo se publica bajo una Licencia Creative Commons Atribución 4.0 Internacional.

© Francisco J. Laporta

**Resumen**

El presente artículo repasa los escritos menos frecuentados de la obra de Javier Muguerza, quien se ocupó, entre otros temas, de la Filosofía de la Religión, estableciendo un diálogo profundo y respetuoso desde un punto de vista laico con la teología cristiana. Con una actitud abierta y tolerante analizó dos dilemas esenciales de cuestión religiosa: la pregunta de Sócrates a Eutifrón, relativa a la existencia de dios como fundamento de los juicios morales; y el dilema de Epicuro, que aborda el problema del mal. En su acercamiento a las posiciones éticas de los cristianos planteó tres reservas a la «Declaración en pro de una ética mundial»: (1) el peligro de reducir la ética de las religiones a la ética de las iglesias, (2) el riesgo de borrar toda distinción entre ética y religión y (3) la tendencia a supeditar la ética a la religión y la inconsistencia a la que conduce. El resultado de tales diálogos con la teología filosófica es la imposibilidad de apelar a justificaciones religiosas de la ética, lo que conlleva inevitablemente la imposibilidad de apelar a justificaciones religiosas del contenido de los órdenes jurídicos, concluyendo así que no cabe un derecho natural de impronta religiosa.

**Palabras clave:** filosofía de la Religión; ética; laicidad; iusnaturalismo; Muguerza.

**Abstract**

The present article reviews the less frequented writings of Javier Muguerza, who dealt, among other topics, with the Philosophy of Religion, establishing a deep and respectful dialogue from a lay point of view with christian theology. With an open and tolerant attitude he analyzed two essential dilemmas of religious question: Socrates' question to Euthyphron, concerning the existence of God as the foundation of moral judgments; and Epicurus' dilemma,

* Me complace reconocer la ayuda que me han prestado en la mejora y perfeccionamiento de este texto Manuel Atienza, Liborio Hierro, José Juan Moreso y Alfonso Ruiz Miguel. A todos ellos mi agradecimiento.

which deals with the problem of evil. In his approach to the ethical positions of christians, he raised three reservations about the «Declaration for a global ethic»: (1) the danger of reducing the ethics of religions to the ethics of churches, (2) the risk of erasing all distinction between ethics and religion, and (3) the tendency to subordinate ethics to religion and the inconsistency to which it leads. The result of such dialogues with philosophical theology is the impossibility of appealing to religious justifications of ethics, which inevitably leads to the impossibility of appealing to religious justifications of the content of legal orders, thus concluding that there is no natural law of religious imprint.

**Keywords**: philosophy of Religion; ethics; laicism; iusnaturalism; Muguerza.

Muchos filósofos del derecho españoles hemos tenido una continuada relación con los escritos de Javier Muguerza. La mayoría nos movíamos en la órbita de *Doxa*, esta incomparable revista de filosofía del derecho que él apreció tanto. Algunos de nosotros, más afortunados todavía, hemos podido disfrutar de vez en cuando también de su cálida personalidad, de sus agudos rasgos de humor y de sus delicadas maneras. Recuerdo haberle dicho cuánto me gustaba estar, seguramente sin merecerlo tanto, en la lista de sus amigos, porque con ellos siempre prodigaba lo más brillante y vivo de su inteligencia y lo más afable de su persona. A sus enemigos, en cambio, con todo el respeto y la compostura, tendía a ignorarlos. Alguna vez le he oído decir culteranamente, *Ubi X* (aquí el nombre del enemigo), *ibi non Muguerza.* Y esto no era ningún ejercicio de intolerancia y sectarismo, que nunca practicó. Era simplemente una manera de ahorrarse a sí mismo como persona y como pensador ante disputas inconcluyentes, pugnas inútiles o miserias de escuela tan propias de la Academia.

Cuando ahora voy leyendo y releyendo sus escritos menos accesibles me reafirmo en mi convicción de que nos las tenemos que ver con una figura fundamental de la filosofía española contemporánea. Por lo que hizo él mismo, y por lo que surgió a su alrededor. Y no puedo sino desear que vayan ordenándose y clasificándose todos esos papeles donados por su familia a la Universidad de La Laguna para hacerlos accesibles a los que sentimos una curiosidad genuina por tanto y tanto manuscrito que tiene que haber ahí con piezas importantes por su valor intrínseco y por lo que puedan significar para reconstruir una trayectoria de la que acaso los escritos por él publicados no muestren todos sus recodos. Como aquellos canes que utilizaba Pavlov para sus experimentos, muchas veces me han estimulado la inquietud filosófica aquellas cláusulas y notas al pie tan propias de los escritos de Javier, en las que se remitía a algún libro suyo «en prensa» o «de próxima publicación». En cuanto yo leía esto, empezaba a salivar mi apetito filosófico. Tengo que decir que demasiadas veces inútilmente, porque aquello acababa por ser solo el sonido del silbato y no el manjar a degustar, que no llegaba nunca. A partir de sus archivos espero, pues, acceder a esos regalos anunciados. Y en el caso de estos apuntes para su semblanza, a uno anunciado repetidamente por él como libro en prensa, con el título *De lo divino y lo humano.* Teniendo conciencia, desde luego, de que si él no se decidió a publicarlo sino solo a anunciarlo, por algo sería, seguramente por esa su siempre firme actitud de autoexigencia.

De entre los escritos publicados menos frecuentados de Javier Muguerza, están en efecto los relativos a la que, de momento y sin mayor pretensión de rigor, llamaré «filosofía de la religión». Son pocos, pero a mi juicio importantes, y son también un exponente de su personalidad más allá de los textos.[1] Y de lo que generó como comunidad de filósofos alrededor de él. Me parece que pueden servir para armar una semblanza suya, de su actitud abierta y de su calidad académica tan bien como cualesquiera otros. Y un poco diferente de aquella que nos es más familiar a los filósofos del derecho. Creo por una parte que establecen por primera vez en nuestra historia un diálogo muy profundo y respetuoso con la teología cristiana más moderna (abandonada o ignorada por el tomismo o la escolástica oficial que había tomado las cátedras de la Facultad de filosofía como botín de la guerra civil). Y en segundo lugar, porque en ellos se contiene *in nuce* una serie de argumentos muy sólidos sobre las relaciones entre religión y ética, que no pueden dejar de interesarnos a los filósofos del derecho mientras sigan existiendo teorías que pretenden obtener conclusiones sobre la naturaleza del orden jurídico a partir de postulados religiosos. Y ello por razones obvias: si las pretendidas relaciones entre esos postulados religiosos y las pautas de la moralidad se nos mostraran como argumentativamente inconcluyentes desaparecería también la posibilidad de que pudiera inferirse el contenido o la justificación del derecho a partir de semejantes relaciones. Eso, me parece, puede extraerse del núcleo argumental del más importante trabajo de Javier Muguerza en filosofía de la religión (PFI), un trabajo de «teodicea» o, mejor, de «antiteodicea», como él la llama, destinado, al contrario que el famoso de Leibniz que acuñara el término, a refutar las posibles justificaciones de pautas morales a partir de la existencia de Dios. Después lo veremos detenidamente.

Lo que más sorprenda quizás de estos textos es ver a Javier Muguerza, todavía no sé muy bien por qué, mostrando desde sus primeros escritos un dominio soberano de los problemas de la teología revelada, de la teología natural y también de los razonamientos de la mejor escolástica. El primer dato que he podido encontrar para disipar esa sorpresa (sin gran trabajo de archivo por mi parte, lo reconozco) es el que ofrece Jesús Mosterín en su reciente homenaje a Javier publicado por el Instituto de Filosofía del CSIC. Allí escribe Mosterín: «En los dos últimos cursos de la especialidad se impartían las asignaturas de Ontología y Teodicea, pero el catedrático, también González Álvarez, era a la vez secretario de la Facultad y director general de Enseñanzas Medias en el Ministerio. Como apenas tenía tiempo, delegó esas dos asignaturas (precisamente mientras yo las

1. Los trabajos de Javier Muguerza sobre los que van a girar estos apuntes míos son los siguientes: «El problema de Dios en la filosofía analítica. De la crítica de la teología filosófica a la lógica del lenguaje religioso», en *Revista de Filosofía,* año XXV, numéros 96-99, CSIC. Madrid. 1966 (en adelante PDFA); «Teología filosófica y lenguaje religioso», en *Convicción de fe y crítica racional.* Instituto Fe y Secularidad. Salamanca. 1978 (en adelante TFLR); «Un colofón teológico-político», en Javier Muguerza, *Desde la perplejidad.* Fondo de Cultura Económica. Madrid. 1990 (en adelante CTP); «La profesión de fe del increyente. Un esbozo de (anti)teodicea», en *El enigma del mal.* Iglesia viva. Revista de pensamiento cristiano. 175-176. 1995 (en adelante PFI); «Una visión del cristianismo desde la increencia», en Javier Muguerza y Juan Antonio Estrada, *Creencia e increencia: un debate en la frontera.* Cuadernos Fe y Secularidad. 1999 (en adelante VCI); «Ética sin teodicea», en *Occidente: razón y mal,* Fundación BBVA. Bilbao. 2008 (en adelante EST).

cursaba) en manos de Javier Muguerza, que daba las clases y hacía los exámenes. Ello fue una suerte para mí, que saqué matrícula de honor en ambas asignaturas, cosa que de otro modo difícilmente habría ocurrido, dada mi impaciencia crítica con las rancias nociones escolásticas en que se basaban»[2]. Estamos a finales de los años cincuenta. De esas ocupaciones y delegaciones bien puede venir ese dominio que antes mencionaba de la literatura escolástica. Y ello sin mengua de su increencia.[3] Javier muestra siempre un profundo conocimiento de, por ejemplo, Tomás de Aquino, y de vez en cuando recomienda a los colegas neotomistas que lo lean más y mejor. Porque aquí, como sabemos, ser tomista había sido simplemente el producto de dos ucases sucesivos: el primero, el de León XIII en su encíclica *Aeterni Patris*, en la que poco menos que se establecía que solo se podía ser filósofo y cristiano si se era tomista, y el segundo, el del gobierno español de la época en que Javier empezaba, que siempre había encargado la cartera ministerial de Educación a gentes pertenecientes a la Iglesia Católica o asociaciones cercanas, precisamente las que se habían encargado de nutrir las cátedras de filosofía. Como es sabido, tras la guerra civil profesar el tomismo o la escolástica española era poco menos que condición necesaria para alcanzar una cátedra en la materia (o en otras afines, como la filosofía del derecho).[4] Pero, claro, obedecer una orden es una cosa, y saber de su contenido y fundamento otra muy distinta, así que aquí se pudo ser tomista sin haber leído razonablemente bien a Tomás de Aquino. Más de uno hemos visto los colegas españoles repitiendo maquinalmente fórmulas escolásticas sobre la ley y la justicia sin haber ido mucho más allá. En fin, cosas que cualquier filósofo del derecho español de mediana edad puede haber vivido.[5]

Pero el caso es que en 1966 aparece en la Revista de Filosofía del CSIC un largo artículo de Javier Muguerza que lleva por título «*El problema de Dios en la filosofía analítica*» (PDFA) resultado de una llamada «convivencia» entre filósofos en el Consejo Superior de Investigaciones Científicas. Es una pieza muy notable por diferentes razones. La primera quizás es que se trata de una de las primeras apariciones públicas en el gremio de los filósofos españoles de posguerra de la filosofía analítica misma. Tan es así, que los filósofos convivientes que habían invitado a Javier le rogaron también que, antes de entrar en materia teológica, hiciera una breve presentación de aquella: «…en razón de la escasa familiaridad de nuestra medio filosófico con la filosofía analítica» –escribe Muguerza allí– «me ha parecido muy oportuna la petición de algunos asistentes a esta Convivencia de comenzar por una introducción a aquella última que facilite las

2. *Diálogos con Javier Muguerza. Paisajes para una exposición virtual.* Consejo Superior de Investigaciones Científicas. Madrid. 2016, p. 27.
3. Sobre las peripecias de la religiosidad, si no de él (aunque supongo que también) al menos de su generación, hay páginas muy ilustrativas en CTP, que sirven de introducción a su explicación de la increencia en conexión con la teología de la muerte de Dios.
4. Sobre esta «centinela intelectual», como la llamó Javier Muguerza, también se pronunció en su momento: ver «Esplendor y miseria del análisis filosófico», en *La concepción analítica de la filosofía.* Alianza Universidad. Madrid. 1974, vol. I, pp. 122 y ss.
5. Temo que esto también haya sucedido en algunas universidades de América Latina.

coordinadas de nuestro problema»[6]. Para los efectos de esta breve semblanza mía, esto es muy importante. En realidad no es exagerado afirmar que en aquellos años Javier Muguerza podía ser considerado ya un especialista muy destacado en los fundamentos del positivismo lógico y la filosofía analítica. De hecho era entonces un filósofo analítico. Esto –según confesión propia– se le pasará después, o él insistirá mucho en que se le pasó enseguida. Pero en el año 1965 había leído en la Universidad de Madrid una tesis doctoral del siguiente título: «La filosofía de Frege y el pensamiento contemporáneo». Supe más tarde por él mismo que no se había animado a publicarla después porque ya estaban apareciendo a finales de los sesenta los trabajos de Michel Dummet que iban a desembocar en su obra fundamental *Frege: Philosophy of Language* (1973). Y no le apetecían las redundancias. En todo caso, esa inmersión en la filosofía de Frege le había habilitado extraordinariamente para hacer una de las primeras presentaciones, excelente presentación, de los tópicos básicos de filosofía analítica. En efecto, en un primer epígrafe de aquel largo artículo, titulado «¿Qué es el análisis filosófico?», se contiene una síntesis de esa manea de filosofar que puede ser considerada, para los efectos de esta mi breve semblanza, como un pequeño hito en el camino de la renovación de la filosofía en la España de posguerra.

Después está, claro, el resto del texto, en el que Muguerza explica cómo el análisis filosófico desbarata las pretensiones de otorgar valor cognoscitivo a las creencias religiosas. Y lo hace con un tono tan informado y respetuoso que ninguno de los creyentes que asistieron a la convivencia tuvo motivo alguno para quejarse. Aquello era un desafío filosófico en toda regla, y así lo tomaron todos. Por lo demás, Javier Muguerza, que en el fondo siempre fue, aunque con reticencias, un buen kantiano[7], establecía desde la filosofía analítica, como su remoto maestro lo había hecho en la *Crítica de la razón pura*, la naturaleza inconcluyente de los famosos argumentos clásicos sobre la existencia de Dios que había desarrollado la teología filosófica, y reenfocaba el problema hacía la lógica del lenguaje religioso desde el llamado «segundo» Wittgenstein. Por lo que respecta a lo primero, allí se van examinando algunos de esos argumentos, y algunas de las vías de Tomás de Aquino, y mostrando con toda claridad cómo la filosofía analítica pone de manifiesto una vez más, en la estela de Kant, que se trata de vías sin salida, de argumentos falaces. Pero en lo que respecta a lo segundo, a la lógica del lenguaje religioso, Javier Muguerza se muestra menos contundente. Afirma allí que pese a todas sus insuficiencias cognitivas se trata de un lenguaje con vida propia que no merece ser descalificado sin más como un sinsentido aunque no puede pretender desde luego la condición de conocimiento científico u objetivo. El principio de verificabilidad o el criterio empirista del significado operan con respecto al discurso religioso, no como un método de atribución de significado, sino como un criterio de demarcación ineludible

6. PDFA, p. 292.

7. «Pero por lo demás» –afirma Javier Muguerza en la discusión que siguió a ese trabajo– «es muy posible que yo haya exagerado los matices kantianos del Análisis, quizá porque en el fondo me sienta una pizca más kantiano de lo necesario y uno nunca resiste enteramente la tentación de barrer *pro domo sua*.», Ibid., p. 340.

entre ciencia y filosofía, expulsando eso sí a los juicios de creencia religiosa del mundo del conocimiento científico, aunque no del mundo vivo del lenguaje. Los usuarios de ese lenguaje, al practicarlo «desde dentro», le confieren obviamente todo un sentido especial, empezando claro está por la creencia en la existencia misma de su Dios, pues un sujeto que se abandona a la oración tiene que presuponer esa existencia. Por lo demás, Javier Muguerza siempre afirmará que el lenguaje de la fe religiosa es bastante complejo, pues va más allá de una pretensión de conocimiento de una cierta realidad hasta todo un mundo de emociones y sentimientos ajenos a, y seguramente más ricos que, la dimensión pretendidamente cognitiva de ese su lenguaje.

Un extremo que no me importa volver a mencionar es la actitud de indagación abierta y tolerante, pero extremadamente rigurosa, que quizás inaugura en nuestra Academia de posguerra el diálogo libre con los argumentos de la teología filosófica más avanzada. Allí encontramos en la larga y honda discusión que sigue a la ponencia (pp. 327 y ss.), a personajes que van a ser portavoces importantes de esa nueva teología. Por ejemplo, a Gómez Caffarena, del que Muguerza se declarará después, si quiera indirectamente, también discípulo, y cuya lectura de la postulación de la existencia de Dios en Kant a partir de la razón práctica conformará uno de los libros más importantes que se hayan escrito en España sobre la filosofía kantiana. En ese libro se indaga en la posibilidad de ligar la creencia en la existencia de Dios desde la experiencia de la vida moral, es decir, no se trata de extraer imperativos éticos a partir de la existencia de Dios, sino de inferir esta desde la razón moral.[8] También estaba allí defendiendo argumentos de teología filosófica, Alfonso Álvarez Bolado, que junto con Gómez Caffarena fundarían el mismo año de esa convivencia filosófica el Instituto Fe y Secularidad, una plataforma abierta a la reflexión religiosa completamente emancipada del rancio pensamiento religioso oficial. Aquella actitud de Javier Muguerza era tan informada, tan abierta y dialogante que no debió faltar quien se diera a sospechar que el que así hablaba y razonaba no era en realidad un «increyente», sino un creyente sin saberlo. Esto, sin embargo, hay que descartarlo: «En vista de que tengo amigos cristianos» –escribió Javier– «de que me intereso por sus creencias y de que trato mejor o peor de comprenderlas aunque no las comparta, alguien me preguntó un buen día …si en resumidas cuentas yo no vendría a ser un «cristiano anónimo…» A lo que respondió inmediatamente: «Mi respuesta, por descontado, fue un rotundo *no*: No soy un cristiano anónimo, sino un no-cristiano con nombre y apellidos.»[9]

Pero volvamos al hilo de nuestro argumento. Javier Muguerza nos daba la posibilidad de ver al creyente en el interior de su lenguaje familiar, de su «juego de lenguaje», actuando y viviendo la dimensión religiosa en la experiencia humana. Pero a alguien que así actúa, y que al actuar así pretende inferir pautas de moralidad a partir de

8. José Gómez Caffarena, *El teísmo moral de Kant*, Ediciones Cristiandad. Madrid. 1983. Sobre este libro hay un importante comentario de Javier Muguerza: «Las razones de Kant (en torno a la interpretación de la ética kantiana por José Gómez Caffarena)», en Javier Muguerza y Roberto Rodriguez Aramayo (eds.), *Kant después de Kant. En el bicentenario de la* Crítica de la razón práctica, Tecnos. Madrid. 1993.

9. VCI, p. 11.

sus creencias, no podemos por menos de hacerle la pregunta de Sócrates a Eutifrón. Porque este es el primer gran dilema con el que se encuentra la pretensión de obtener tales pautas a partir de la creencia religiosa. Aunque el texto del diálogo platónico hace referencia a la piedad y otras virtudes de índole más puramente religiosa (dado el conocimiento experto en tales materias de que se jacta Eutifrón ante Sócrates) podemos, creo, reformular la pregunta de Sócrates para el ámbito del discurso moral: «Los estados de cosas buenos ¿los quiere Dios porque son buenos o son buenos porque los quiere Dios?» o «Las acciones rectas ¿las quiere Dios porque son rectas, o son rectas porque las quiere Dios?». El dilema, como es sabido, es muy serio, y muy serio precisamente para la hipótesis misma de la existencia de Dios como fundamento de los juicios morales. Y ello porque si optamos por el primer cuerno del dilema (Dios quiere lo bueno *porque* es bueno y lo recto *porque* es recto), entonces, las propiedades que han de tener los estados de cosas buenos o las acciones rectas son independientes de la voluntad de Dios, se dan, por así decirlo, lógicamente antes de que aparezca Dios para quererlos. Y entonces la hipótesis de la existencia de Dios es irrelevante para la fundamentación de tales enunciados, y por ello prescindible. Aún más, podría decirse que incluso para el mismo Dios serían vinculantes los imperativos éticos, pues están por encima de su voluntad en tanto que son buenos y rectos. Y, por supuesto, los seres humanos comunes y corrientes nos encontraríamos súbitamente frente a la tarea de descubrir por nosotros mismos, sin ninguna ayuda divina, qué propiedades hacen buenos los estados de cosas buenos o rectas las acciones rectas. Lo que significa tanto como que estaríamos abandonados a nuestras solas fuerzas (por ejemplo, a nuestra sola razón) para encontrarlos, formularlos y fundarlos. O, para utilizar una fórmula muy expresiva de Javier Murgueza (que supuestamente da título a un capítulo, una vez más para un libro «en preparación» que nunca llegó a publicarse) nos las tendríamos que arreglar con una «ética a la intemperie».

Ello dejaría a las relaciones entre religión y ética a merced del otro cuerno del dilema: Lo bueno y lo recto son tales porque así lo ha querido Dios. Dios es el artífice, el creador del mundo moral. Javier Muguerza menciona pocas veces el dilema de Eutifrón; hasta donde a mí se me alcanza, solo en dos ocasiones, aunque, eso sí, anunció una vez más como capítulo en prensa sobre la cuestión un trabajo intitulado *De potentia Dei absoluta.*[10] En esas dos ocasiones, señala cómo Lutero no habría dudado en alinear la ética protestante frente al Sócrates del *Eutifrón*, y lo hace con la siguiente cita de Lutero: «Si la voluntad de Dios hubiera de hallarse sometida a alguna regla o patrón, o causa o fundamento, distinto de ella misma, ya no sería la voluntad de Dios. Lo que Dios quiere no lo quiere porque sea justo y Él esté obligado a quererlo, sino más bien es justo porque lo quiere Dios. Las causas y fundamentos, como las reglas y patrones, rigen para la voluntad de las criaturas, pero no afectan a la voluntad de su Creador».[11] El resultado es una suerte de «voluntarismo teonómico», como lo llama Javier, que es

10. CTP, p. 443-4, nota 8.
11. Ibid., p. 444.

rechazado de plano por él. Y este cuerno del dilema tiene que ser extremadamente peliagudo también para los creyentes, porque no faltan los episodios en los que Dios, sobre todo el Dios del Antiguo Testamento, da en «querer», es decir, en dar por moralmente rectas, conductas que a cualquiera le pueden parecer repugnantes. Javier nos recuerda que Kierkegaard «remacharía este clavo luterano al proclamar que la despótica orden de sacrificar a su hijo impartida por Dios a Abraham cancelaba inapelablemente cualquier reserva moral por parte de este», y añade inmediatamente: «… a lo que Kant había ya respondido *avant la letre* haciendo ver que el sacrificio de Isaac hubiera sido un crimen y la mera intención de consumarlo era inmoral».[12] En esto Javier Muguerza prosigue con su firme apuesta kantiana, y le pasa (como a mí, por cierto) que no puede dejar de sentir repugnancia moral hacia el Dios de Job, que parece encontrarle gusto a apostar con otros sobre la integridad de su fiel creyente y para ganar tan repulsiva apuesta procede después a procurarle sufrimientos indecibles como método de demostración de esa integridad.

Para poner la consabida nota a pie de página a los *Diálogos* de Platón, puede pensarse que aquí el *Eutifrón* pone a los creyentes ante una encrucijada muy seria. Tienen que decidirse entre la prescindibilidad de Dios como legislador moral y la evidencia de que hay mandatos divinos que como el de Yahvé a Abraham, son perfectamente inmorales. Pese a la brevedad del tratamiento, aquí el diálogo entre el creyente y el increyente adquiere seguramente su máximo de tensión. El creyente (en este caso Gómez Caffarena) se sale del dilema sugiriendo un escenario en el que el bueno de Abraham no ha entendido del todo bien el mensaje y recibe otro posterior del angel del Señor en el que le dice: «¡Por amor de Yavé, por el honor de Yavé!, oh Abraham, no hagas ese disparate que te dispones a hacer! … ¿Cómo has podido pensar que Dios quisiera el sacrificio de la sangre inocente? ¿Qué clase de «dios» sería ese que, en tu tosquedad, has llegado a concebir?… Un día vendrá en que las voces externas que dictan cosas extrañas, que incluso pueden induciros al fanatismo, irán dejando paso a la voz que vosotros podéis ser para vosotros mismos…Tampoco ese día lo tendréis todo claro. Deberéis discernir cada vez las voces interiores, para "acertar" con la más conforme a Dios; y tendréis que buscar ayuda unos en otros para acertar»[13]. Como vemos, el creyente, incluso un creyente tan extraordinario como Gómez Caffarena, no puede prescindir de Dios como legislador, ni de su ángel como mensajero, y tampoco de la necesidad de «acertar» con la voz de Dios para extraer de ella el contenido de la moral. El increyente por su parte (Javier Muguerza aquí) reinterpreta ese supuesto mensaje nuevo en términos de estricta observancia kantiana, sin Dios legislador moral, ni sometimiento a voluntad alguna: «…la voz de una conciencia moral *autónoma* no admite ser cancelada por ningún mandato heterónomo, así sea este atribuible al mismo Dios, a quien por lo demás nunca podremos estar seguros de que ni nosotros ni nadie haya interpretado bien y con quien, por otra parte, no nos es dado entrar en contacto más

12. PFI, pp. 28-29.
13. Citado por Javier Muguerza, PFI, p. 29.

que a través de semejantes mediaciones hermenéuticas, comenzando por el monólogo interior de la propia conciencia y prosiguiéndolo en el diálogo con otras conciencias asimismo autónomas, pero de suerte que ninguna de ellas se halle autorizada a detentar la última palabra y –atribuyéndosela a Dios– imponérsela a los demás».[14] Ambas posturas se acercan mucho, pero no pueden llegar a coincidir en lo esencial, puesto que el creyente ha de apelar todavía a la muletilla del ángel mensajero para oírse a sí mismo, y el increyente sabe que está perfectamente solo con su conciencia y ha de crear a partir de sí mismo el imperativo moral, un imperativo moral además que le lleva inexorablemente a enfrentarse con el absurdo ético del mandato divino, con la exigencia moral de abrirle un juicio ético al mismo Dios.

Entramos ya en el trabajo de filosofía de la religión que a mí me parece más decisivo: «La profesión de fe del increyente. Un esbozo de (anti) teodicea» que se prolongará algunos años más tarde en otro, «Una visión del cristianismo desde la increencia». Y digo que es decisivo porque en él se planta Javier Muguerza nada menos que ante el problema más difícil y crucial, el problema fundamental de la teodicea como indagación racional en la justificación y existencia de Dios: el problema del mal. Un nuevo dilema aún más letal que el anterior para la pretensión de obtener pautas morales a partir de creencias religiosas nos sale al paso aquí: el dilema de Epicuro. Tal y como ha llegado hasta nosotros, el dilema aparece en un texto de un padre de la Iglesia, Lactancio, en un libro que lleva por título, y bien significativo, «Libro sobre la ira de Dios», *Liber de Ira Dei*, escrito al parecer en los primeros años del siglo IV y tiene como objetivo combatir precisamente a los epicúreos. El argumento de Epicuro, que apenas se ha modificado nada en su formulación desde entonces, se nos presenta literalmente así: *Deus, inquit, aut vult tollere mala et non potest; aut potest et non vult; aut neque vult neque potest; aut et vult et potest. Si vult et non potest, imbecillis est ; quod in Deum non cadit. Si potest et non vult, invidus; quod aeque alienum a Deo. Si neque vult neque potest, invidus et imbecillis est ; ideoque neque Deus. Si vult et potest, quod solum Deo convenit, unde ergo sunt mala* ? *aut cur illa non tollit* ?[15] He aquí el dilema de Epicuro que nos pone encima de la mesa el enigma del mal. Tiene una larga y recurrente vida en el curso del pensamiento occidental, y se muestra como tal enigma sin ninguna solución plausible en todo él. Con él trata de enfrentarse Leibniz en el libro en que acuña precisamente el término «teodicea» y en el que emprende el trabajo de justificar la existencia de Dios en un mundo en el que el mal está demasiado presente. Leibniz muere el año 1716, y por ello no tiene la oportunidad de testar su teoría del «mejor de los mundos posibles» con un acontecimiento decisivo que hace estallar de nuevo el problema en el pensamiento

14. Ibid., p. 29.

15. Lactancio, *De ira Dei,* Patrología Latina, VII, p. 121. La traducción, que tengo que agradecer a Liborio L. Hierro, es esta: «Dios, dice (Epicuro), o quiere suprimir el mal y no puede; o puede y no quiere; o ni quiere ni puede; o quiere y puede. Si quiere y no puede, es impotente; lo que en Dios no ocurre. Si puede y no quiere, es malvado, lo que igualmente es extraño a Dios. Si ni quiere ni puede, es malvado e impotente; por lo que ni sería Dios. Si quiere y puede, lo único que se ajusta a Dios, ¿de dónde, pues, sale el mal? o ¿por qué no lo suprime?».

ilustrado. Me refiero al terremoto de Lisboa de 1755, del que luego hablaremos un poco más, y que de seguro está en la mente de David Hume, cuando escribe en 1779, repitiendo literalmente el dilema, en los *Diálogos sobre la religión natural*: «Las viejas preguntas de Epicuro todavía están sin respuesta. ¿Tiene Dios voluntad de prevenir el mal, pero no poder para ello? Entonces es impotente. ¿Tiene poder para ello pero no lo desea? Entonces es malévolo. ¿Tiene poder para ello y lo desea? ¿De dónde proviene entonces el mal?»[16].

Pues bien, casi en esos mismos términos, «el problema del mal» sigue estando todavía vigente como problema o como «enigma», y Javier Muguerza es perfectamente consciente de su importancia porque es el problema «que da pie a abrir un "juicio a Dios", dejándolo pendiente –tras la correspondiente instrucción de su sumario– de un veredicto absolutorio o condenatorio»[17]. La idea misma de abrir un juicio al Gran Juez, al *Rex tremendae maiestatis*, a aquel «que convocará a todas las criaturas para responder en su juicio, de acuerdo con el libro en el que se contiene todo aquello por lo que el mundo será juzgado y que mostrará ante el juez todo aquello que estaba oculto, no quedando nada pendiente», como reza la letra de la citación judicial última y decisiva que puede pensarse que es el *Requiem*, esa idea, digo, solo puede ser imaginada, naturalmente, desde la increencia. El creyente tiene necesariamente que buscar una solución, o un subterfugio (que ha sido lo más habitual entre los que se enfrentan con el dilema). Porque lo que se sugiere en el planteamiento mismo del dilema es si no habrá en ese libro «en que se contiene todo», también algunos atestados serios sobre hechos y acciones que conduzcan necesariamente a la condena del Gran Juez mismo.

Con esa temperancia intelectual tan suya, Javier Muguerza dice no proponerse «ni por asomo» –afirma– resolver ese problema; se daría por sumamente satisfecho si consiguiera planteárselo a sí mismo en condiciones que lo hagan, hasta donde ello quepa, inteligible.[18] Y a ello se pone, paso a paso, con algunas observaciones que vale la pena recordar, porque, efectivamente, suponen una clarificación importante del dilema, al mismo tiempo que un método para evitar algunos subterfugios. Recomiendo vivamente al lector que le siga en esos pasos.[19] En primer lugar, aclara lo que debemos entender por «mal» cuando nos enfrentemos al problema, porque algunas de las falsas soluciones que se han propuesto pasan por predefinir el mal de cierta manera. En efecto, Javier se opone allí a la pretensión de que existe una suerte de mal metafísico, un mal en sí, un mal en sentido abstracto, que puede jugar como variable en cálculos sobre la perfección o imperfección del mundo. Y aquí se las tiene que ver precisamente con la pretensión de Leibniz de que para lograr la creación del mejor de los mundos posibles habría sido algo así como una condición necesaria que entrara en la fórmula alguna porción de mal. Sin dudarlo, Javier Muguerza afirma allí, y vale la pena reproducir el texto completo, que

16. David Hume, *Diálogos sobre la religión natural* (trad. de M.A. Quintanilla). Ed. Sígueme. Salamanca. 1974, p. 166.
17. Javier Muguerza, PFI, pp. 12-13.
18. PFI, p. 13.
19. Que también se reproducen en EST.

> la definición leibniziana de «mal metafísico» es francamente *fraudulenta*, puesto que dicho mal admite tanto ser definido por la «imperfección» cuanto la «imperfección» ser definida por aquel, y su poder explicativo resulta prácticamente *nulo*, puesto que tampoco va más allá de la simple constatación del hecho de que las criaturas padecen algún mal o lo cometen, y en ocasiones ambas cosas a la vez. En rigor, y pese a las apariencias en contrario, ni tan siquiera el mal metafísico sería mal *en sí mismo*, sino tan solo mal en cuanto que *alguien* lo soporta pasivamente y en cuanto que *alguien* activamente lo produce o cuando menos tolera que se produzca, lo que sin duda amplía el ámbito de la imputabilidad del mal un tanto más allá de las propias criaturas. Pues si ha de haber «alguien» a quien considerar *el último responsable de la imperfección de lo creado*, ese alguien no sería ya «criatura» alguna, sino que no podría ser otro que el «Creador» al que Leibniz pretende exonerar de semejante imputación (PFI, p. 13-14).

El mal, pues, no es una realidad abstracta, es un mal que alguien sufre o un mal que alguien inflige, y en la medida en que lo sufre da lugar a una pretensión de justicia correctora, y en la medida en que lo inflige lleva consigo una imputación de responsabilidad. Pues ¿qué sucedería si, por así decirlo, el mal fuera un ingrediente ineludible de la fábrica del mundo? Javier Muguerza lo deja caer en su trabajo con toda claridad: ni habrá responsabilidad por infligirlo, ni derecho a que sea reparado. De un modo análogo a las consecuencias de los que sostienen la inexistencia del libre albedrío (y esta acotación es mía, pero también sugerida por él) el mal moral como inflicción de un sufrimiento, por indecible que fuera, no sería pasible de reproche alguno. Incluso podría ser considerado un rasgo «positivo» de la creación, una suerte de perversión que viera el mal como algo «bueno», en el sentido de que tendría algún sentido «positivo». Javier Muguerza por el contrario afirma que el mal es siempre mal, y es siempre negativo.

La tradicional respuesta histórica a la idea de un mal producto del creador del mundo que pueda situarse en el mundo moral, y no en una supuesta necesidad ontológica de la creación, ha sido siempre concebir ese sufrimiento como el contenido de un castigo divino. Pero la historia está tan llena de males, sufrimientos, dolores, infamias de todo tipo, y son tantos y tan grandes que ante nosotros aparece un panorama de castigos desproporcionados (no hay relación alguna de proporcionalidad entre los «pecados» cometidos por los hombres y la respuesta del castigo infligido por Dios) e indiscriminados (casi siempre resultan castigados los inocentes junto a los culpables). Hasta en muchos de los ordenamientos jurídicos contemporáneos, diseñados por mentes limitadas y pecadoras, son prohibidos los castigos crueles y desusados; y, por supuesto, todo el sistema penal moderno está pensado para no castigar al inocente. Estos dos pequeños avances morales no parecen rezar con la «ira de Dios» que se nos ha presentado siempre, efectivamente, como un ser iracundo, cruel y vengativo, capaz de infligir daños tan indecibles que muestran más bien la condición moral de quien los inflige que la falta de quien los sufre. Y no puede en muchos casos alegarse, como sería posible en otros (por ejemplo, el Holocausto, al que también volveremos), que son los seres humanos quienes producen el mal en el mundo y son por ello los responsables de él. Porque se ha esgrimido con frecuencia ese argumento del castigo divino a males que no han sido producidos por ser humano alguno. Volvamos si no, a ese acontecimiento

antes mencionado que suscitó la reacción escandalizada del pensamiento ilustrado: el famoso terremoto de Lisboa de 1755. Se produjo el día 1 de noviembre de ese año, festividad de Todos los Santos. Y se produjo precisamente a la hora en que los fieles lisboetas estaban asistiendo a las ceremonias de celebración solemne del ascenso al paraíso de quienes habrían logrado superar el severo fielato del juicio. Con seguridad que muchos de entre los asistentes tendrían algún ser querido que supusieran salvado y en la presencia del Señor tras ese juicio. Y tantos otros acudirían con sus hijos pequeños e inocentes a los solemnes actos. Pues bien, fue precisamente entonces cuando se produjo aquel terremoto terrible. Muchos templos se derrumbaron sobre los fieles mismos que estaban honrando a su Dios. Y fue seguido casi inmediatamente por un maremoto tal que destruyo la flota comercial portuguesa amarrada en el estuario del Tajo. A continuación, se produjo un incendio pavoroso en toda la ciudad. Se da por cierto que fueron las lamparillas y las velas encendidas en honor a los Santos, las que lo produjeron. Los sismólogos calculan con medidas de hoy que pudo tener 9 grados sobre 10 en la escala de Richter. El número de víctimas se acercó a las cien mil, entre ellos miles de niños. ¿Seguiría pensando Leibniz que este es el mejor de los mundos posibles? ¿Tuvo algo que ver algún ser humano con el choque tremendo de las placas tectónicas que produjeron ese enorme efecto en la superficie de la tierra y del mar? ¿Es este un castigo proporcionado a algún mal realizado por el hombre? ¿Eran también culpables los niños? Todas esas preguntas se las hizo el pensamiento ilustrado desde entonces, y han llegado hasta nosotros todavía sin responder. Voltaire, que fue quien inició la reflexión, escribía a su banquero y asesor financiero recién conocida la noticia: «Esto es una pieza cruel de filosofía natural. Encontraremos difícil descubrir cómo las leyes del movimiento obran en desastres tan temibles *en el mejor de los mundos posibles* –en el que cien mil hormigas, nuestros vecinos, son aplastados en un segundo en nuestros hormigueros, medio muriendo sin duda en agonías inexpresables, bajo escombros de los que es imposible extraerlos, familias de toda Europa reducidas a la mendicidad, y las fortunas de cien comerciantes –suizos como usted mismo– engullidas en las ruinas de Lisboa. ¡Qué juego de azar es la vida humana! ¡Qué dirán los predicadores –especialmente si el Palacio de la Inquisición se mantiene en pie! Me hago la ilusión de que esos reverendos padres, los inquisidores, habrán sido aplastados como los demás. Eso debería enseñar a los hombres a no perseguir a los hombres, pues, mientras unos pocos santurrones embaucadores están quemando a unos pocos fanáticos, la tierra se abre y se traga a todos por igual». Poco después publicaba el *Candide*, en el que las peripecias del personaje, entre ellas el propio terremoto de Lisboa, y un procesamiento por los «reverendos padres» de la Inquisición, van negando paso a paso el optimismo leibniziano de su colega Pangloss. Porque Voltaire se equivocaba: la patraña del castigo divino siguió teniendo su auditorio. El terremoto no parecía haber enseñado tanto. Gabriel Malagrida, superior de la Inquisición en Lisboa tenía las cosas muy claras sobre lo que había que aprender. En un discurso intitulado *Juizo da verdadera causa do terremoto*, publicado al año siguiente del seísmo, escribía así: «Aprende, Oh Lisboa, que los destructores de nuestras casas, palacios, iglesias y conventos, la causa de la muerte de tanta gente y de las llamas que

devoraron vastos tesoros, son tus abominables pecados, y no lo son los cometas, las estrellas, los vapores, las exhalaciones y similares fenómenos naturales»[20].

Y luego está, naturalmente, la gran tragedia moral de nuestro tiempo, el Holocausto. Esta no producto de fenómenos naturales sino de la acción libre y deliberada de las criaturas del Dios omnipotente, omnisciente, bueno y providente. Sobre ella escribía Primo Levi con toda contundencia: «…Una abominación que ninguna oración propiciatoria, ningún perdón, ninguna expiación de los culpables, nada en fin que esté en poder del hombre hacer, podrá remediar ya nunca…». Es decir, una injusticia masiva, total, cuyas víctimas no recibirán ya nunca reparación alguna. Una injusticia perpetrada en un mundo imperfecto por unas criaturas imperfectas. Ante esta infamia tan obvia y tan desnuda, los creyentes se preguntan con frecuencia dónde estaba el creador de ese mundo y de esas criaturas, dónde estaba Dios, a qué se debía su silencio, el permanente silencio de Dios.[21] Pero esto no es sino una manera engañosa de tratar de escapar con un subterfugio del viejo dilema: o Dios era impotente para evitar el mal aunque no lo deseara, o Dios podía evitarlo pero lo toleraba. Porque el silencio o la ausencia no son en absoluto una respuesta plausible. El increyente, sin embargo, pese a contemplarlo desde fuera, tiene que concluir, como lo hace Javier Muguerza, que el dilema de Epicuro permanece en pie, intacto y sin solución. Y lo que debe hacerse es tratar de formularlo lo mejor posible para evitar toda solución ficticia.

Para hacerlo Javier Muguerza establece después con toda lucidez, en contra de la escolástica más acreditada, que el ser de algo no conlleva necesariamente su bondad, que no es cierto que *ens et bonum convertuntur*, y que por tanto la naturaleza del mal no consiste en la privación del bien. Con una expresa mención a esos dos terribles acontecimientos, y a juzgar por lo que ha escaseado el bien a lo largo de la historia de la especie humana, mejor tendría que pensarse en que la condición del mal es predominante, como mal propiamente dicho y como privación del bien. Tendría así el mal una indudable prioridad sobre el bien: «la experiencia del bien, por así decirlo, se halla "doblada" inevitablemente de la experiencia del mal, siquiera sea a título negativo, mientras la experiencia positiva del mal no necesita de acompañamientos y nos golpea con inequívoca contundencia».[22] Y ese mal tiene normalmente como protagonistas, como agentes, a los seres humanos dotados de libre albedrío. Es un mal que se inflige por nosotros o por los otros, y no viene determinado por ninguna ontología o cosmología que determine su generación inocente. El mal, pues, se produce por los demás, y se permite por Dios.

---

20. Sobre estos textos y, en general, sobre el terremoto de Lisboa, he acudido a Nicholas Shrady, *The Last Day. Wrath, Ruin and Reason in the Great Lisbon Earthquake of 1755.* Penguin Books. Londres. 2008, cap. VI. Vale la pena recordar que Gabriel Malagrida alcanzó a probar su propia medicina. En un tratado de teología de su autoría puso tanto empeño en probar la concepción sin pecado de Maria, que dedicó un libro entero a tratar de examinar minuciosamente los órganos genitales de Santa Ana, su madre, lo que escandalizó a sus colegas, que acabaron encerrándole y ajusticiándole.
21. El Papa Benedicto XVI, se lo preguntaba públicamente en una visita a Auschwitz que Javier Muguerza menciona en EST: «¿Por qué, Señor, permaneciste callado? ¿Cómo pudiste tolerar todo esto?».
22. PFI, p. 16.

No es aquí cuestión, por supuesto, de perseguir minuciosamente los argumentos de Muguerza. Simplemente quería introducir a ellos para invitar al lector a que los lea detenidamente. Las pocas páginas que los contienen en su versión más importante son a mi juicio una aportación excepcional a la filosofía de la religión desde el punto de vista de un laico. Y con ellos nos fuerza Javier de nuevo a plantarnos ante el dilema y su condición ineludible de disyunción excluyente. Concediendo a Dios los atributos de omnipotencia, omnisciencia, providencia e infinita bondad, no podemos explicar la presencia del mal en el mundo. Si hay mal en el mundo, y es esa especie de mal originado tanto por el ser humano creado como por fenómenos naturales producto de la creación, o bien Dios no lo quiere dada su bondad, pero no puede evitarlo, y entonces no es omnipotente; o bien puede evitarlo pero no quiere, y entonces es malévolo. Si hubiera que pronunciarse en este dilema (lo que un increyente, naturalmente, no tiene por qué hacer), Javier Muguerza confiesa que preferiría pensar en un Dios bondadoso y sufriente, pero incapaz de impedir esa presencia del mal; un Dios, en definitiva, impotente, que, muy a su pesar, no tuviera ningún recurso para detener el proceso que conduce tantas veces al sufrimiento humano. Desde un punto de vista puramente imaginario, esa es, desde luego, una mejor opción que la de pensar un Dios iracundo y malvado, que desea ese mal o que, pudiendo evitarlo, no se hace cargo de él. Porque entonces, tampoco los seres humanos seríamos responsables de ello, y la condición divina no sería solo algo que inspirara cierta piedad por su pequeñez e impotencia, sino algo que alimentara el temor y la rabia por su monstruosidad misma, privándonos además del ejercicio de nuestra responsabilidad.

Pero la imposibilidad de encontrar una respuesta plausible al dilema no obsta, sin embargo, a que Javier Muguerza se muestre como un ser dispuesto a acercarse, a comprender, incluso a compartir las experiencias del creyente. Y también a lamentar las injusticias que puedan sufrir. De ahí, por ejemplo, su admiración por Dietrich Bonhoeffer, un pastor cristiano que, lejos de las repugnantes complacencias o escapismos de tantos otros creyentes con las fechorías del Tercer Reich (cuando no el apoyo entusiasta que se mostró desde el catolicismo totalitario, como sucedió entre nosotros), no solo las condenó y las resistió, sino que acabó ejecutado por los nazis en 1945 tras su prisión en Büchenwald. Pero Bonhoeffer era un teológo cristiano muy especial: afirmaba, y así lo recoge Javier, que el cristiano debería tomar sus decisiones morales «como si Dios no existiera», lo que le hacía especialmente apto para ese acercamiento desde aquel otro lado.

Un episodio más de ese acercamiento a las posiciones éticas de los cristianos, es la actitud de Javier Muguerza ante la «Declaración en pro de una ética mundial», inspirada por Hans Küng (su conocido *Projekt Weltethos* de 1990) y hecha suya por el llamado Parlamento Mundial de las Religiones reunido en Chicago en 1993.[23] Javier no solo no se opuso a ella, sino que promovió su publicación en el número 10 de la revista ISEGORIA (1994) por él dirigida, con una introducción de Gómez Caffarena y una

23. Los comentarios y textos que siguen se basan en Javier Muguerza EST, pp. 66 y ss.

apostilla del propio Küng. Sin embargo, Javier no deja de plantear ante esa Declaración tres reservas que iluminan mucho algunos extremos de nuestro problema. Veámoslas.

Primera reserva: «El peligro que acecha a la ética de las religiones es en mi opinión su *reducción a una ética de las Iglesias*». Al escribir esto, Javier Muguerza es perfectamente consciente de que las iglesias, al margen de su mayor o menor inspiración en creencias religiosas, resultan ser también organizaciones de poder, y como tales obedecen sobre todo a la lógica de este tipo de organizaciones. ¡Cuántas veces no hemos sido testigos del abandono de toda exigencia ética por parte de alguna Iglesia guiada por un sesgo instrumental hacia el incremento de su nudo poder terrenal! Recuérdese –añado yo por mi parte– aquel texto medieval del obispo de Veren, Dietrich von Nieheim, resucitado hace años por Koestler: «Cuando está amenazada su existencia, la Iglesia queda libre de toda restricción moral. Con el fin de la unidad de los fieles, todos los medios están santificados, todos los ardides, traiciones, violencias, simonías, encarcelamientos, y muertes, puesto que las reglas protegen al grupo, y el individuo tiene que sacrificarse para garantizar el bien común». Esta tensión entre su supervivencia como poder y su sometimiento a imperativos éticos ha determinado demasiadas veces, y así lo recuerda Javier Muguerza, que las Iglesias se hayan embarcado en aventuras bélicas injustificables: «Pero que mientras que se puede discutir si las religiones han unido o por el contrario separado a la humanidad, de las Iglesias puede, en cambio, decirse que han contribuido como pocos otros factores sociohistóricos a desatar la guerra entre los seres humanos. En efecto –continúa Javier– las llamadas *guerras de religión* –son rigurosamente *guerras entre Iglesias*, guerras que no solo han hecho correr ríos de sangre en el pasado, sino que continúan haciéndolos correr en nuestros días».

Segunda reserva: «Cuando se habla de ética religiosa…puede correrse el *riesgo de borrar toda distinción entre ética y religión.*» Las religiones pueden tener implicaciones éticas, y hay también éticas de carácter religioso. Pero ambas cosas deben distinguirse. Y se distinguen fundamentalmente por la *motivación.* Las éticas religiosas apelan a esa instancia superior a nuestra conciencia y voluntad que es postulada necesariamente por la creencia religiosa; las éticas laicas, por el contrario, –como escribe Javier Muguerza– «remiten con exclusividad a la conciencia individual y la autónoma voluntad de los sujetos morales. La *distinción entre autonomía y heteronomía* es más compleja de lo que suele admitirse comúnmente, pues lo cierto es que una heteronomía –como la envuelta en el dictado de los Mandamientos judeocristianos de la Ley de Dios, de acuerdo con el Decálogo mosaico– resulta susceptible de ser autónomamente asumida; pero si el creyente la asume –como es lo más corriente– *por amor o temor a Dios*, estaría entonces adhiriéndose ya a una ética heterónoma, como acostumbran a serlo en la práctica la totalidad de las éticas religiosas conocidas, pero no necesitan serlo las plenamente autónomas que no se inspiran en ninguna religión». Esta sutil distinción que se apoya en la motivación de la adopción de las decisiones del sujeto moral es lo que –a juicio de este modesto introductor a las reflexiones de Javier Muguerza sobre la teodicea– hace profundamente incompatible el catolicismo con la ética del liberalismo, lo que fuerza en definitiva a dar la razón a aquel penitenciario catalán del siglo XIX, don Félix Sardá

y Salvany que mantuvo siempre, con la aprobación de la Congregación de la Fe, que el liberalismo era pecado. Y, en consecuencia, a postular que el catolicismo es necesariamente antiliberal como inspiración moral. Otra cosa es, naturalmente, la práctica de la Iglesia Católica como organización de poder, que acaso en el siglo XIX se acomodaba mejor contra el liberalismo y desde la mitad del siglo XX se reconoce más en las exigencias del libre mercado y en la inmatriculación registral oportunista de riquezas inmobiliarias de todo tipo. Pero eso, por supuesto, no tiene nada que ver con la ética, ni con la cristiana ni con ninguna otra.

Tercera (y última) reserva: «Tal y como Küng la concibe –escribe Javier Muguerza– la ética religiosa no solo amenaza con difuminar la distinción entre ética y religión, sino que en última instancia tenderá a *supeditar la ética a la religi*ón, siquiera en la medida en que la religión tiende a ser vista como el fundamento de toda ética». Como refleja Javier en un texto muy ilustrativo de Küng, («*lo categórico de la pretensión ética, el incondicional "tú debes", solo puede fundarse en un Incondicionado*»), en la ética religiosa la supuesta verdad religiosa acaba siempre por ser el fundamento de los imperativos morales. Pero, entonces, ¿por qué iba a ser moral alguien ajeno a esa verdad religiosa? Si un imperativo moral como el kantiano de no tratar al ser humano como un medio «*no obligase a nadie, a menos de contarse con el concurso de la religión, ¿por qué iba a obedecerlo alguien que viva al margen de la religión?*»

Concluyamos. Lo que esa serie de diálogos que Javier Muguerza mantuvo con la teología filosófica, y que los propios teólogos han reconocido como un ejemplo no solo de erudición sino también de generosidad y apertura de mente, nos dejan vislumbrar es que la concatenación del dilema de Eutifrón y el dilema de Epicuro, lógicamente dispuestos el uno tras el otro, excluyen definitivamente la posibilidad de justificar juicios morales a partir de creencias religiosas. En un sentido más lato, me parece que también excluyen las creencias religiosas mismas, al menos algunas de esas creencias o el alcance pretendido de alguna de esas creencias. Pero ni siquiera es necesario ir tan lejos. Si hay creencias religiosas que puedan convivir con la ineludible exigencia de que somos responsables libres de nuestras propias acciones, y por tanto, de que establecemos autónomamente como imperativos morales las pautas que hemos de seguir, entonces no habría nada que objetar a tales creencias. Es por tanto falaz aquella conocida afirmación de Iván Karamazov de que si Dios no existiera todo estaría permitido, porque nosotros establecemos lo que está permitido y lo que está prohibido exista o no exista Dios.[24]

Pero para un filósofo del derecho, toda esa discusión implica que no se puede ya apelar a justificaciones religiosas de la ética, y por tanto, a justificaciones religiosas del contenido de los órdenes jurídicos, es decir, que ya no se puede apelar a un derecho natural de impronta religiosa o teonómica. Seguro que el lector sabe que Javier Muguerza tenía también estudios universitarios de Derecho (eso se advierte siempre

24. El diálogo de Javier Muguerza con esa afirmación, a través del tratamiento que de la misma hace Leszek Kolakowski en su libro *If There is no God…*, es también sumamente ilustrador. Se puede ver entre otros en CTP.

en la precisión con que utiliza el lenguaje jurídico), pero desde luego no era un iusnaturalista.[25] Y desde luego, no era un iusnaturalista de inspiración religiosa. Las pocas alusiones que en él se pueden encontrar al derecho natural se refieren más bien a un derecho que se pretenda extraíble de la naturaleza. Como increyente que era, aunque un increyente extraordinariamente informado, no cabía en él suponer que ni el derecho ni la ética pudieran surgir de una mente divina. Y tampoco, por cierto, sería del todo partidario de la confusión del derecho y la moralidad. Más bien, pienso yo, se inclinaría por mantener la tesis de la separación entre ambos. Seguramente, pero esto es solo una conjetura, para tener la posibilidad de negar, de *decir que no* con más contundencia, al derecho inmoral. Por eso, quizás, mostró siempre tanta displicencia con la noción de derechos morales, que muchos de sus amigos teníamos y tenemos por precisa y correcta. Aunque eso no impidiera nunca que nos alentara con su ejemplo y su calor a alegarlos y ejercerlos.

## BIBLIOGRAFÍA

Gómez Caffarena, José, 1983: *El teísmo moral de Kant*, Madrid: Ediciones Cristiandad

Hume, David, 1974: *Diálogos sobre la religión natural (*trad. de M.A. Quintanilla), Salamanca: Ed. Sígueme: 166

Lactancio: *De ira dei*, Patrología Latina, VII: 121

Muguerza, Javier y Estrada, Juan Antonio, 1999: «Una visión del cristianismo desde la increencia», *Creencia e increencia: un debate en la frontera, Cuadernos Fe y Secularidad* (abrev. VCI)

Muguerza, Javier y Martínez, Gregorio Peces-Barba, 1989: El fundamento de los derechos humanos, Madrid: Editorial debate: 21 y ss

Muguerza, Javier y Rodríguez Aramayo, Roberto, 1993: *Kant después de Kant. En el bicentenario de la Crítica de la razón práctica,* Madrid: Tecnos

Muguerza, Javier, 1974: «Esplendor y miseria del análisis filosófico», en *La Concepción Analítica de la Filosofía (I), Madrid: Alianza editorial: 122 y ss*

Muguerza, Javier, 1978: «Teología filosófica y lenguaje religioso», en *Convicción de fe y crítica racional,* Salamanca*:* Instituto Fe y Secularidad (abrev. TFLR)

Muguerza, Javier, 1990: «Un colofón teológico-político», *Desde la perplejidad,* Madrid: Fondo de Cultura Económica (abrev. CTP)

Muguerza, Javier, 1995: «La profesión de fe del increyente. Un esbozo de (anti)teodicea», *El enigma del mal,* en *Iglesia viva: Revista de pensamiento cristiano*: 175-176. (abrev. PFI)

Muguerza, Javier, 1996: «El problema de Dios en la filosofía analítica. De la crítica de la teología filosófica a la lógica del lenguaje religioso», en *Revista de Filosofía,* Madrid: CSIC, XXV: 96-99 (abrev. PDFA)

Muguerza, Javier, 2008: «Ética sin teodicea», en *Occidente: razón y mal,* Fundación BBVA, Bilbao (abrev. EST)

25. Sobre las reticencias de Javier Muguerza con el derecho natural, véase Javier Muguerza y otros autores, *El fundamento de los derechos humanos.* Editorial Debate. Madrid. 1989, pp. 21 y ss.

R. Aramayo, Roberto, 2016: *Diálogos con Javier Muguerza. Paisajes para una exposición virtual,* Madrid: Consejo superior de Investigaciones científicas: 27

Shrady, Nicholas, 2008: *The last day. Wrath, Ruin and Reason in the Great Lisbon Earthquake of 1755*, Londres: Penguin Books

Doxa. Cuadernos de Filosofía del Derecho, (2020), *43*
e-ISSN: 2386-4702 | ISSN: 0214-8676

# Jhering en Ortega y Gasset

## Jhering in Ortega y Gasset

Juan José Gil Cremades

**Autor:**
Juan José Gil Cremades
Universidad de Zaragoza, España
jjgilcremades@gmail.com
https://orcid.org/0000-0002-2704-9352

**Recibido:** 8-4-2019
**Aceptado:** 13-11-2019

**Citar como:**
Gil Cremades, Juan José, (2020). Jhering en Ortega y Gasset. Doxa. Cuadernos de Filosofía del Derecho, *43*, pp. 31-58. https://doi.org/10.14198/DOXA2020.43.02

**Licencia:**
Este trabajo se publica bajo una Licencia Creative Commons Atribución 4.0 Internacional.

© Juan José Gil Cremades

**Resumen**

A partir de 1933, abandonada la política activa, Ortega dedicó su atención, entre otros temas, a la filosofía social; particularmente a desentrañar el «hecho social», que creyó radicaba en los «usos», quizá bajo la inspiración de Jhering. Cómo llegó a él, fallecido en 1892, qué lectura hizo de su obra, cómo modificó sus planteamientos y cómo su propuesta fue recibida por la coetánea filosofía española del derecho, son las cuestiones estudiadas en este trabajo.

**Palabras clave:** Jhering; Ortega y Gasset; hecho social; uso social.

**Abstract**

After 1933, when he abandoned active politics, Ortega devoted his attention, among other topics, to social philosophy; particularly to unraveling the «social fact», which he believed was rooted in «customs», perhaps under the inspiration of Jhering. How he came to it, died in 1892, what reading he made of his work, how he modified his approaches and how his proposal was received by the contemporary spanish philosophy of law are the questions studied in this work.

**Keywords**: Jhering; Ortega y Gasset; social fact; social use.

En los primeros lustros de este siglo ha crecido en España el número de las ediciones de obras de Rudolf Jhering, las más de ellas manteniendo las traducciones aparecidas entre 1881 y 1911. Después de esas fechas, solo hubo una traducción parcial de *Jurisprudencia en broma y en serio* (1933) y la edición abreviada de *El Espíritu del derecho romano,* promovida por Ortega y Gasset, pero publicada en Buenos Aires (1947). Luego, el largo silencio que la dictadura impuso a Jhering, obligó a acudir a las diversas reediciones realizadas en la América de habla hispana de las traducciones madrileñas finiseculares[1]. La recuperación de Jhering en España se produjo a partir de de 1985, y solo con intermitencias[2]. Pero, desde 1999, hay un alud de ediciones, que salvo excepciones, reproducen las del XIX[3]. Casualmente en ese mismo intervalo sale a la luz una nueva edición de la obra completa de Ortega y Gasset (Fundación Ortega/Marañón, Taurus), que nos destaca, aunque no por vez primera, el interés del filósofo español por Jhering, al abordar el tema jurídico[4].

A partir de 1933, abandonada la política activa, Ortega dedicó su atención, entre otros temas, a la filosofía social; particularmente a desentrañar el «hecho social», que creyó radicaba en los «usos», quizá bajo la inspiración de Jhering. Cómo llegó a él, fallecido en 1892, qué lectura hizo de su obra, cómo modificó sus planteamientos y cómo su propuesta fue recibida por la coetánea filosofía española del derecho, son las cuestiones estudiadas en este trabajo.

## RECEPCIÓN DE JHERING EN ESPAÑA

No voy a desarrollar este tema, ya estudiado tempranamente por mí, sino a sintetizar y rectificar, en su caso, lo que entonces expuse de forma dispersa[5], y a lo que en 1970 puso orden y aumentó en información Rafael Gibert[6], en su contribución a un notable simposio celebrado en Göttingen con ocasión del 150 aniversario del nacimiento de

1. Con excepción de la traducción completa de los dos volúmenes de *El fin en el derecho*, hecha en el exilio por el anarquista español D. Abad de Santillán, seudónimo de Sinesio Baudillo (Cajica, Puebla [México], 1961-1962).
2. La pionera traducción de A. Posada, con prólogo de L. Alas, de *La lucha por el derecho* (Civitas, 1985), y en la misma editorial jurídica, en 1987, la versión íntegra de *Bromas y veras en la ciencia jurídica.* En 1993 el romanista E. Valiño tradujo, no del alemán, el libro de «casos jurídicos», *El derecho en la vida cotidiana* (tirant lo blanch).
3. Las excepciones son: *¿Es el derecho una ciencia?* (Comares, 2002) y *Sobre el nacimiento del sentimiento jurídico* (Trotta, 2008), ambas conferencias traducidas por F. Fernández-Crehuet. Comares reedita la méxicana de *El fin en el derecho*, ya reseñada.
4. Robles, G., «La filosofía jurídica de Ortega: el derecho como uso social y la justicia como valor», *Meditaciones sobre Ortega y Gasset* (Llano, F. H.; Castro, A, eds.)., Tébar, Madrid, 2005, 569-592. En pág. 570: «Se dice que, por la época en que murió, estaba embarcado en el estudio de la obra de Rudolf von Ihering y que en su mesa de trabajo se encontraba el libro de este insigne jurista germano titulado *Der Zweck im Recht* («El fin en el derecho»)»
5. Cfr. Gil Cremades, J. J., *El reformismo español. Krausismo, escuela histórica, neotomismo*, Ariel, Barcelona, 1969. En el registro de personas, pág. 401, pueden consultarse varias remisiones a Jhering.
6. Gibert, R., «Jhering en España», en: *Jherings Erbe*. Göttinger Symposion zur 150 Wiederkehr des Geburtstags von Rudolph von Jhering, Vandenhoeck & Ruprecht, Göttingen 1970, 40-67– En págs. 42, n. 3; 45, n.9; 52,

Jhering. Como punto de partida, puede decirse que la primera referencia del jurista alemán aparece en 1853 en la *Revista General de Legislación y Jurisprudencia,* fundada ese mismo año, en una nota anónima que da noticia de la publicación en Leipzig en 1852 del primer tomo de *Espíritu*[7]. Esta revista jurídica, hoy todavía viva, cumpliendo lo prometido a sus lectores, de «hacerles conocer los incesantes y profundos trabajos de la pensadora Alemania»[8], siguió la pista de la continuidad de la obra: Emilio Reus, hijo del fundador de la revista, publicó en 1878, una reseña de la segunda edición de la traducción francesa de la obra completa[9], advirtiendo que el autor, aunque hubiera arrancado de los planteamientos de la Escuela histórica, e incluso superara metodológicamente a Savigny, en los dos últimos tomos derivaba hacia planteamientos claramente «positivistas». Apreciación propia de lector atento.

En esos veinticinco años que median entre una y otra noticia, la *RGLJ* se consolida como referencia obligada de la vida jurídica española. Proceso que va al socaire de las vicisitudes del régimen liberal español, que está poniendo lentamente en pié sus estructuras jurídicas. Y todo ello desde la peculiar idiosincrasia de su director y cofundador José Reus García, responsable de la dimensión empresarial, y de la de quien fuera, desde 1858, su orientador intelectual: Pedro Gómez de la Serna, catedrático y exministro efímero (mayo a julio de 1843) de Gobernación en la Regencia del general Espartero. Fiel a este, fue toda su vida política un prohombre del Partido progresista. Cuando se vincula a la *Revista,* ha tenido lugar el «pronunciamiento» del general O'Donnell (1854), desgajado del moderantismo y proclive a entenderse con Espartero y con una escisión del progresismo: el Partido demócrata en cuyas filas milita el convencido masón José Reus, diputado de las Cortes constituyentes de ese último año, que fracasan en su propósito de dotar a la Monarquía de una nueva Constitución. En ese trance político, a de la Serna le fue confiada brevemente (junio a julio de 1854) la cartera ministerial de Gracia y Justicia. Tras esta aventura política, de la Serna vuelve a sus ocupaciones intelectuales: ocupa la presidencia de la Real Academia de Jurisprudencia y Legislación (1856) y, durante algo más de un decenio, es un redactor fecundo –entre diez y quince colaboraciones al año– de la *Revista*[10]. Ya en el «sexenio revolucionario» (1869-1874), la presencia de esas dos tendencias políticas, acompañada por la progresiva formación, a partir del Partido demócrata, de un republicanismo no consolidado, Gómez de la Serna será Presidente del Tribunal Supremo a comienzos del breve reinado de Amadeo I, muriendo en diciembre de 1871, el mismo año de su nombramiento. Reus, por su parte, será Senador demócrata en esa misma fase del sexenio.

---

n. 16d; 53, n. 19 y 61 n. 44 se hacen referencias a aportaciones contenidas en mi trabajo, citado en la nota anterior, presentado como tesis doctoral en la Universidad Complutense en 1965.

7. *Revista General de Legislación y Jurisprudencia* (*RGLJ*) 2 (1853) 128. En adelante, cuando nos refiramos a la trilogía fundamental de la obra de Jhering: *Geist, Kampf* y *Zweck*, lo haremos con los vocablos en español: *Espíritu*, *Lucha*, *Fin*, respectivamente, pero utilizando los vocablos alemanes cuando citemos ediciones originales.
8. *RGLJ* 3 (1854) pág. V.
9. *RGLJ* 52 (1878) pág. 126.
10. Cfr. Ruiz Ballón, A., *Pedro Gómez de la Serna (1806-1871). Apuntes para una biografía jurídica*, Universidad Carlos III, Madrid, 2013, 353 págs. (DD PP DH. Monografías. Serie Historia del Derecho 17).

Pero no abandonemos a Gómez de la Serna, y olvidemos un episodio crucial en la crónica de la presencia de Jhering en España. Ese mismo 1871 apareció la segunda edición de la especial traducción, compatible «con el carácter y necesidades morales de mi pueblo», que Sanz de Río había hecho, del *Ideal de la humanidad para la vida*, de C. Chr. F. Krause[11]. La primera edición databa de 1860[12], y en ambas, idénticas, se reprodujo la dedicatoria al «Excmo. Sr. D. Pedro Gómez de la Serna». En su capítulo de gracias, Sanz del Río recordaba que, en 1843, Gómez de la Serna, Ministro de Gobernación, había hecho posible su viaje a Europa, que le había puesto en contacto con el krausismo. Baste recordar el calvario que supuso esa primera edición para Sanz del Río: apertura de expediente, expulsión de la cátedra, inclusión del libro en el *Indice*. Mas esa segunda edición era póstuma –Sanz del río había muerto en 1869–, y aparecía oportunamente en el sexenio por iniciativa de los fideicomisarios, que habían hecho posible la presencia activa de los krausistas en la Universidad Central gracias al «memorable decreto que afirmó para siempre la libertad de la Ciencia y la Enseñanza», tal como se había proclamado en la Constitución de 1869. Entre esos fideicomisarios figuraban: Fernando de Castro, nombrado desde el inicio del sexenio Rector de la Universidad Central; Francisco Giner quien, con discreción, sería el mentor durante decenios de la proyección social del krausismo español; Nicolás Salmerón, presidente durante mes y medio de la I República en 1873 y catedrático de metafísica en la Central, cátedra en la que le sucederá Ortega y Gasset.

La difusión de Jhering se producirá ya en la Restauración, y no por propiciarla el régimen político, que pronto mostró su carácter represivo con los profesores universitarios, protagonistas durante el «sexenio». Sin embargo, fue Antonio María Fabié, «amigo político» de Antonio Cánovas –el «empresario» de ese régimen, según el joven Ortega–, quien, en 1878, desde la tribuna del Ateneo madrileño, habló de Jhering como si fuera el *dernier cri* de la «ciencia del derecho»[13]. Fabié, sevillano, había estudiado en la Universidad hispalense, residencia de una escuela hegeliana, a la que se adscribió, con tanta superficialidad como machaconería, hasta el punto de ser criticado por esto último en el Parlamento o en los *Heterodoxos* de Menéndez Pelayo. Pero no era dogmático, pues en el ámbito de un Estado confesional, que por ello restringía la libertad de cátedra, dirá de la «doctrina escolástica», que «en mi concepto no es la filosofía en general: al fin es una filosofía». Inicialmente hace un repaso tanto del individualismo racionalista liberal, como del estatalismo hegeliano y del krausista que en el caso español vincula,

11. Krause, C. Chr. F., *Ideal de la Humanidad para la vida*, con introducción y comentarios de D. Julián Sanz del Río. Segunda edición, Imprenta de F. Martínez García, Madrid, 1871. La cita que se hace más adelante corresponde a la pág. VII.
12. Krause, C. Ch. (sic), *Ideal,* cit., Imprenta de Manuel Galiano, Madrid, 1860. El traductor indicaba en portada ser Catedrático de Historia de la Filosofía en la Universidad Central. En página sin numerar [X] se contiene la dedicatoria.
13. Fabié, A. M., *Estado actual de la ciencia del derecho*. Conferencia dada en el Ateneo de Madrid el miércoles 22 de noviembre de 1878 por…, Consejero de Estado, Imprenta de la Revista de Legislación, Madrid, 1879, 16 págs. Las citas en págs. 3, 8. 10, 14, sucesivamente. Sobre él mi: «El pensamiento jurídico de la España de la Restauración», *Discordia concors*, vol. II, Comares, Granada, 2015, págs. 33, 39, 54.

con buenas razones, a Henri Ahrens. Todas estas corrientes son metodológicamente teorías deductivistas. Y este es el sesgo actual: construir una ciencia del derecho desde el inductivismo, desde la experiencia. De antemano no oculta su postura: «Jamás en mi concepto llegaría a crearse una ciencia del derecho ni a exponerse ninguna de las ramas de la ciencia social, procediendo por vía de observación, y empleando el método inductivo». Pero ello, no le detiene para exponer algunas corrientes coetáneas que van en esa dirección. Una de ellas es la de Jhering, que del estudio de las instituciones del derecho del pueblo romano, «influido por la metafísica de la escuela hegeliana, se ha elevado a conceptos que son de indudable transcendencia». De *Espíritu* ha pasado a un «breve, muy breve» libro. «Este libro se denomina *La lucha por el Derecho,* y revela una tendencia práctica que se funda en los principios de la dialéctica hegeliana». La ocasión del libro se propone en tono de chismorreo: «… se dice que fue escrito bajo la inspiración del Canciller Príncipe de Bismark (*sic*) para justificar su política invasora, y hasta tiene un título que parece quitarle todo valor científico». Por lo demás –insiste–, hay que vincular las tesis del libro a la dialéctica hegeliana.

Esa noticia es coetánea a la presencia de obras de Jhering en las bibliotecas de altas instituciones jurídicas, por ejemplo, en la de la Academia de Jurisprudencia y Legislación[14], por supuesto en sus traducciones francesas[15]. En el XIX, esa aduana cultural francesa era necesario atravesarla, en este caso, para acceder, ya desde Savigny, a la bibliografía jurídica alemana[16]. Pero si de Savigny, hasta la Restauración, solo se tradujo al castellano una obra, por supuesto a partir de la anterior versión francesa[17], de Jhering, por contra, entre fines del XIX y principios del XX, se traducirá, con las limitaciones que advertiremos, el grueso de su obra. No es cuestión de la mayor o menor relevancia alcanzada entre nosotros por uno u otro jurista[18]; la razón de la amplia diferencia entre el

14. Torres Campos, M., *Catálogo sistemático de las obras existentes en la Biblioteca de la Academia de Jurisprudencia y Legislación formado por…, Bibliotecario de la misma,* Imprenta del Ministerio de Gracia y Justicia, Madrid, 1876.
15. En el *Catálogo* citado se incluye: *Le combat pour le drot, traduit par A. F. Meydieu,* Vienne, 1875 (cfr. pág. 44), así como: *Du fondement de la protection possesoire. Revision de la théorie de la possesion, 2e édition, ed. O. de Meulenare,* Gand, 1875 (cfr. pág. 187). Se incluyen los datos aducidos por Torres Campos. Pueden completarse en: Losano/ M. G./ Bonazzi, E., *Bibliografie di Jhering e Gerber*, Giuffrè Editore, Milano, 1978, págs. 38 y 39.
16. Por ello, aunque sea solo un esbozo, remitimos a: Whitman, J.Q.; Wachsmann, P., «Jhering parmi les Français, 1870-1918», *Annales – Faculté de Droit de Strasbourg (La science juridique française et la science juridique allemande de 1870 a 1918),* Presses Universitaires de Strassbourg, 1997, págs. 151-164.
17. Savigny, F. C., *Tratado de la posesión según los principios de Derecho romano*, Imprenta de la Sociedad Literaria y Tipográfica, Madrid, 1845, 261 págs. (Biblioteca de Jurisprudencia y Legislación). En la Biblioteca Nacional está catalogada también la edición francesa: *Traité de la possession en droit Romain… traduit de l'allemand par Ch. Faivre D'Audelange*, Joubert, Librairie de la Cour de Cassation, Paris, 1845, 615 págs.
18. De los diversos materiales reservados para redactar, si la vida alcanza, un *Savigny en España,* que se pudiera parangonar con el paralelo francés (Motte, O., *Savigny et la France*, Editions F. Lang, Berne, 1983, 247 págs.), cuento con las abundantes versiones alemanas, francesas e italianas que se encuentran en los catálogos publicados de las bibliotecas del Congreso de Diputados, del Senado. del Consejo de Estado, del antiguo Ministerio de Gracia y Justicia, de la Academia de Ciencias Morales y Políticas, de la Matritense de Jurisprudencia y Legislación, del Ateneo Científico y Literario de Madrid. Son escasas, en cambio, las obras

número de versiones reside, creo, en la evolución experimentada en Madrid en ese final de siglo por las empresas editoriales, dedicadas al libro jurídico. De este tema ya hice un esbozo hace algunos años[19], del que me serviré y modificaré en lo que atañe a Jhering.

Ya en los años setenta empezó a tomar auge como editora la librería de Victoriano Suárez, que no contaba con imprenta propia, aunque era cliente de una de tipo familiar: sucesivamente: J. M. Pérez, Vda. de J. M. Pérez, Hijos de J. M. Pérez. En ella se habían publicado las primeras obras de los krausistas Francisco Giner[20] y Gumersindo Azcárate[21]. La obra jurídica editada se incluiría en una *Biblioteca de Derecho y Ciencias Sociales*.

La conversión de la Imprenta de la Revista de Legislación en editorial se produciría por esos años: en plena expansión empresarial, inauguró la publicación de monografías, bajo la denominación genérica de «bibliotecas», lo que daba un marchamo de continuidad: la *Biblioteca jurídica de autores españoles*, bajo la dirección de Azcárate desde 1879. Años más tarde y como prueba del auge de las traducciones, el mismo Azcárate dirigiría la *Biblioteca jurídica de autores españoles y extranjeros*. El nuevo sello editorial evidenciaba el carácter familiar de la empresa: «Hijos de Reus»; finalmente: «Editorial Reus».

En 1891, José Lázaro Galdiano, persona adinerada, con espíritu mercantil y ansia de cultura, venido a Madrid desde Barcelona, y orientado por Emilia Pardo Bazán para que editara en la capital una revista, a la manera de la parisina *Revue des deux mondes*, puso en marcha *La España Moderna*[22]. Por las mismas fechas editó, bajo la guía de los krausistas Rafael Altamira y Adolfo G. Posada, respectivamente, dos revistas jurídicas efímeras, que reflejaban el sociologismo reinante en el derecho: *La Nueva Ciencia Jurídica* y la *Revista de Derecho y Sociología.* La edición de libros, con el mismo sello que la revista, se inicia en 1891, y amplía sus contenidos, como señala la denominación de la serie: *Biblioteca de Jurisprudencia, Filosofía e Historia*. Como síntoma, uno de los autores más traducidos fue Herbert Spencer, con seis títulos encargados a Miguel de Unamuno, y otros a Posada, a Pedro Dorado, a José de Caso.

Ya en los primeros años del siglo XX aparece un nuevo editor, Bernardo Rodríguez Serra, que pone en marcha una *Biblioteca de Filosofía y Sociología*, con mucho menor aliento que las empresas enumeradas, aunque su avidez por incluir en su catálogo a un autor de éxito como Jhering nos obliga a mencionarlo[23].

---

de Savigny, editadas en el XIX, existentes en las diez Bibliotecas Universitarias, salvo los casos de la Central y la de Barcelona.

19. Me remito a: *El reformismo español*, cit., págs. 43-50; 211-219.
20. *Principios elementares del Derecho* (1871); *Estudios filosóficos y religiosos* (1876).
21. *Estudios económicos y sociales* (1877).
22. Aunque la autora, por su especialidad, fija la atención en temas literarios, sigue siendo válida la monografía: Asún Escartín, R., «La editorial 'La España Moderna'», *Archivium. Revista de la Facultad de Filología* (Málaga) 31-32 (1981-1982) 133-200.
23. No parece que tuviera un orientador. De los apenas diez títulos publicados, a parte del de Jhering, al que luego nos referiremos, solo se destacan dos: uno de Schopenhauer, y otro del jurista socialista Anton Menger (*El derecho al producto íntegro del trabajo*).

Sobre ese cañamazo se tejen, hasta 1933 –fecha que nos aproxima a Ortega –, las traducciones españolas de Jhering, en cuya relación no existe conformidad[24], si bien coetáneamente se llevó a cabo una completa enumeración de las mismas por Manuel Torres Campos, en 1897, en el segundo tomo de su *Bibliografía*[25]. Bastará pues completar los datos editoriales y la única traducción, la de *Fin*, que excede la fecha de ese tomo, para confeccionar una lista fiable, en orden cronológico.

1) *La lucha por el derecho*. Versión española de Adolfo Posada y Biesca, con un prólogo de D. Leopoldo Alas, J. M. Pérez, Madrid, 1881, LXXI-136 págs.[26]
2) *El combate por el derecho,* traducido directamente del alemán con la anuencia del autor según la 6.ª edición de la obra por Alfonso de Pando y Gómez, Establecimiento Tipográfico «La Moderna», Madrid, 1882, XIV-84 págs.[27]
3) *El espíritu del derecho romano en las distintas fases de su desarrollo*, versión española con la autorización del autor y notas por Enrique Príncipe y Satorres, Librería Editorial de don Carlos Bailly-Baillière, 1891, Madrid, Tomo I, XV-414 págs.; Tomo II, 343 págs.; Tomo III, 405 págs.; Tomo IV, 469 págs.[28]
4) *Teoría de la posesión. El fundamento de la protección posesoria*, versión española con el retrato del autor, aumentada con notas críticas. Estudio preliminar sobre la vida y obras de Ihering por Adolfo Posada, Imprenta de la Revista de Legislación, 1892, XXVII-228 págs.
5) *Cuestiones jurídicas.* Del interés en los contratos. La posesión: teoría simplificada. Casos jurídicos, traducción de Adolfo Posada, La España Moderna,

24. Me refiero a los elencos incluidos en: Gibert, R., cit. págs. 44-50; Monereo, J.L. «Jhering, ensayo de explicación: introducción a su pensamiento jurídico», estudio preliminar a la reedición de *El espíritu del derecho romano*, Comares, Granada, 1998, págs. XCI-CXIII; Lloredo Alix, L., «La recepción de Rudolf von Jhering en Europa: un estudio histórico-comparado» *Revista telemática de Filosofía del Derecho* 17 (2014) 203-250; aquí págs. 243-250.
25. Torres Campos, M., *Bibliografía española contemporánea del Derecho y de la Política*, Tomo I. 1800-1880, Fernando Fe, Madrid, 1893, 208 págs./ Tomo II. 1881-1896, Fernando Fe, Madrid, 1897, 165 págs.
26. Como se apuntó antes, la imprenta J.M. Pérez trabajaba para la Librería de Victoriano Suárez. Sobre las circunstancias de traducción y prólogo, mi trabajo: «Leopoldo Alas contra ·'Clarín'», *Discordia*, cit., vol. II, págs. 61 y siguientes. Más concretamente, en pág. 81 y siguiente.
27. Doy noticia en *Discordia*, cit., I, págs. 79 y siguiente. Hacia 1928, Alfonso Pando y Gómez era magistrado de la Audiencia Territorial de Madrid.
28. Tuvo amplia difusión. He comprobado hasta cinco «tiradas», estando datada la última en 1907. El traductor dedica su trabajo a Germán Gamazo, relevante abogado a la sazón, en cuyo despacho al parecer trabajaba. Aunque no se indica, se considera la traducción hecha sobre la francesa, que siempre a partir de la 3.ª alemana, se había editado tres veces: en 1877-1878. 1880 y 1886-1888. Esta última podría ser la base de partida de la versión española: *L'esprit du droit romain dans les diverses phases de son développement.* Traduit de la 3ème édition avez l'autorisation de l'auteur par O. de Meulenaere, Librairie Marescq Ainé, Paris, et F. Clemm, Gand, 1886-1888. Enrique Principe y Satorres, hijo del literato Miguel Agustín Príncipe, además de haber sido redactor del Diario de sesiones del Senado, colaboró en prensa de la época con leves composiciones poéticas. Dieciocho de ellas, dedicadas a acontecimientos de la Familia real, se conservan en la Biblioteca de Palacio (Sig II/3608). Otro de sus poemas es la letra de un histórico vals peruano: *Hermelinda/Escucha, amada mía.* Necrología: *El Liberal* (Madrid), 4 de septiembre de 1906, pág. 2.

Madrid, s. a. [1895], 246 págs. (Biblioteca de Jurisprudencia, Filosofía e Historia)[29]

6) *La voluntad en la posesión: con la crica del método jurídico reinante*, versión española de Adolfo Posada, Imprenta de la Revista de Legislación, 1896, Madrid, 381 págs. (Biblioteca jurídica de autores españoles y extranjeros)[30].
7) *Prehistoria de los indoeuropeos.* Obra póstuma, versión española con un estudio preliminar de Adolfo Posada, Librería de Victoriano Suárez, Madrid, 1896, XXXI-586 págs.
8) *El fin en el derecho,* traducción de L. Rodríguez, edición de B. Rodríguez Serra, Madrid, 1911 (¿), 354 págs. (Biblioteca de Filosofía y Sociología)[31].

Durante este proceso de edición, la figura de Jhering es tratada de modo diverso por las tres corrientes de pensamiento jurídico, vigentes en la Restauración: krausismo[32], neotomismo[33]; escuela histórica catalana[34]. Estamos pues ante un «tópico» de la cultura jurídica del momento, hasta el punto de que sea tema de una tesis doctoral defendida en la Central en julio de 1906[35]. En los años siguientes la memoria de Jhering languidece, hasta que reviva, sobre todo en el interés de Ortega y Gasset, tras su retirada política.

29. La España Moderna nunca indicó en sus libros la fecha de edición, lo que ha dado pié a diversas imprecisiones. La investigación, hecha en los archivos y correspondencia mercantil, por J. A. Yeves Andrés, con la colaboración de F. J. Martínez Rodríguez y M. Tostón Olalla, *La España Moderna. Catálogo editorial. Índices de la Revista,* Libris, Madrid, 2002, 439 págs., resuelve la incertidumbre: en pág. 95, con el número 215, se indica que la obra de Jhering se distribuyó en mayo de 1895.
30. Estos tres títulos sobre la posesión orientan una espléndida monografía de la civilística española: Dalmau y (Marqués) de Olivart, R., *La posesión. Apuntes y fragmentos de una nueva teoría posesoria.* Imprenta de J. Jepús, Barcelona, 1884. El civilista pasó pronto a dedicarse con buen nivel al derecho internacional. En reciente monografía: De la Rasilla y del Moral, I., *In the Shadow of Vitoria. A History of International Law in Spain (1770-1953)*, Brill/Nijhoff, Leiden/Boston, 2018, pág. 77, nota 253, se menciona una carta de Jhering a Dalmau, fechada el 28 de noviembre de 1884, que bien puede ser un acuse de recibo de la obra de Dalmau.
31. Solo se tradujo el volumen I, de los dos de que consta la obra. Figura sin fecha de edición. El depósito obligatorio en la Biblioteca Nacional de Madrid inclina a preferir la fecha indicada en su catálogo, que es la de 1911, aunque esta mantiene el interrogante. Respecto del traductor, creemos plausible que se trate de Leonardo Rodríguez Díaz (1877-1922), licenciado en derecho por la Universidad de Santiago de Compostela, periodista que hizo crónicas sobre la Guerra europea con tendencia más bien germanófila, y político, que murió inesperadamente en Madrid, siendo ministro en un gobierno Romanones, aunque no se aluda a esa traducción en la fuente que utilizamos: el *Diccionario Biográfico Español*, de la Real Academia de la Historia (dbe.rah.es/biografías/25744/leonardo-rodríguez-díaz).
32. Además de las introducciones de A. Posada a las obras traducidas, o el prólogo de L. Alas, citaría por su interés: Navarro Flores, M., «Sobre el concepto del derecho según Jhering» *RGLJ* 98 (1901) 581-590.
33. Rodríguez de Cepeda, R., *Exposición y juicio crítico de algunas teorías modernas del derecho*. Imprenta de Nicasio Ríus Monfort, Valencia, 1893, 52 págs. Sobre Jhering, centrado en *Zweck,* págs. 10-26.
34. Carreras Artau, T., «Sobre 'La lucha por el Derecho'», *Revista Jurídica de Cataluña* 9 (1903) 297-308.
35. Urbano Guerrero, J., *El sistema jurídico de Jhering*. No pasó de manuscrito. (Cfr. Miguel Alonso, A. (dir.), *Doctores en derecho por la Universidad Central. Catálogo de tesis doctorales*, Dykinson, Madrid, 2018, pág. 443, n. 2696. José Urbano Guerrero (1883-1946), que además estudió en Heidelberg y París, abrazó en la guerra civil la causa de la República, y ejerció en 1936, en Mahón, de magistrado de espionaje y alta traición. Tras pasar por un campo de concentración francés, pudo trasladarse a Méjico. En la UNAM enseñó economía política (Cfr. Manrique Figueroa, C., «José Urbano Guerrero», en; Serrano Migallón, F. (coord.),

## LOS «USOS SOCIALES» EN JHERING

Esta sucinta crónica de su recepción en España quizás pueda ayudar a resolver la cuestión de por qué entre nosotros pasó la «moda» de traducir y estudiar a Jhering. Ciertamente, la siguiente traducción, y no completa, debida a Román Riaza[36], data ya de 1933. El traductor constata en su «nota preliminar», que el interés por el jurista germano, «lejos de crecer, puede decirse que ha disminuido», y que a ello «quizás» ha contribuido «la falta de una versión decorosa» de *Fin*, ya que la que disponemos, además de ser incompleta, «resulta poco recomendable». Pues bien, el que se tradujera solo el primer tomo de la obra no es causa de que se borrara la fama del autor. Las versiones que, fuera de la italiana muy tardía, pudieran haber hallado eco en España, como la francesa o incluso la inglesa, también lo fueron solo del primer tomo y, sin embargo, el influjo de Jhering en Francia se continuó en el *sociologisme juridique* de François Gény, y en Norteamérica en la *sociological jurisprudence* de Roscoe Pound, por ejemplo. Y en la cultura jurídica alemana siguió presente en la «escuela de derecho libre» y en la «jurisprudencia de intereses». De todos estos movimientos, en la cultura jurídica española apenas hubo alguna correcta noticia[37], pero no una recepción. Paradójicamente, lo que se constata es una muy retrasada aceptación de Savigny, que se refleja en la traducción de sus obras básicas y en la adaptación profesoral de la pandectística alemana, que se superpondrá, en sus «tratados», a la sistemática del código civil recién estrenado[38]. Lo cierto es que quien en España reactualiza a Jhering no es un jurista, sino un filósofo y escritor, Ortega y Gasset. No era el primer no jurista que se hacía eco de opiniones del alemán en los años en que se acumulaban las traducciones españolas[39]. Pero Ortega va a ser un tardío editor y sobre todo va a hacer suyas, de manera peculiar, algunas de las tesis de Jhering sobre los «usos sociales», que este aborda con diversa óptica, tanto en *Espíritu* como en *Zweck*. A Ortega no le interesa el derecho romano, aunque sí el derecho y Roma, comunes elementos de una experiencia histórica ejemplar. El propio

---

*Los maestros del exilio español en la Facultad de derecho*, Porrúa/ Facultad de Derecho de la UNAM, México D.F., 2003, págs. 403 y ss.).

36. Jhering, R. v., *Jurisprudencia en broma y en serio*, traducción de la tercera edición alemana por R. Riaza, Revista de Derecho Privado, Madrid, 1933, 316 págs. (las citas en páginas 1 y 2).
37. González, J., «La escuela de Tubinga», *Revista Crítica de Derecho Inmobiliario* XI /128 (1935) 561-575; Idem, «Jurisprudencia de intereses», *Revista Crítica de Derecho Inmobiliario* XI /126 (1935) 498-521.
38. Savigny, F. Ch. von, *Sistema del derecho romano actual*, traducido del alemán por Ch. Guénoux, vertido al castellano por J. Mesía y M. Poley, profesores… de la Institución Libre de Enseñanza, y precedido de un prólogo de M. Durán y Bas, 5 vols, F. Góngora y Cía editores, Madrid, 1878-1879 (Biblioteca Universal. Sección Jurídica); Idem, *De la vocación de nuestro siglo para la legislación y para la ciencia del derecho,* La España Moderna, Madrid, s.a. [1896] (Biblioteca de jurisprudencia, filosofía e historia) (pról. A. Posada). Sobre el proceso apuntado: Blasco, Y., «Notas sobre la recepción de la parte general de Savigny en España», *Cuadernos del Instituto Antonio de Nebrija* 2 (1999) 11-36.
39. Por ejemplo: M. de Unamuno, en colaboraciones en el diario *La lucha de clases*, de Bilbao, del 8 de agosto de 1896 y del 30 de enero de 1897 (cfr. Pérez de la Dehesa, R, *Política y sociedad en el primer Unamuno,* Ciencia Nueva, Madrid, 1966, págs. 186 y 189); Ganivet, A., *Idearium español* (1897), Espasa Calpe, Madrid, 1981 (Austral 139), págs. 144 y siguiente, con referencia a *Prehistoria de los indoeuropeos*.

Jhering facilita el acceso al derecho de quien no es romanista, y protesta reiteradamente, para prevenirse de las críticas de sus colegas: «Mi atención no se dirige al derecho *romano*, sino al *derecho*…; mi tarea es más de índole filosófico-jurídica y dogmática, que de historiador del derecho…»[40]. Con lo que perfilaba lo ya dicho en el prólogo, pero en la primera edición: «…no se trata solo de lo que importa al derecho romano, sino también de lo que con relación al derecho romano y en él constituye sobre todo la esencia (*Wesen*) del derecho…»[41]. Así se fija el alcance de la metáfora: «espíritu» (*Geist*) es lo permanente en una realidad histórica que evoluciona.

La afinidad en el gusto por Roma y su experiencia jurídica une a Ortega con Jhering, a través de la referencia de ambos a Theodor Mommsen. En el español, basta prestar atención al índice de nombres de su obra completa para convencerse de las numerosas citas que de él hace. Como veremos, el tema del poder político en la sociedad, lleva a Ortega al historiador alemán, que, una vez traducido, se había convertido el lugar común de la cultura española[42]. Por su parte Jhering, un año más joven que Mommsen, habla con él a lo largo de sus obras mayores como si fuera un colega con el que se coincide o del que se discrepa[43]. Ambos procedían además de Frisia, y compartían una similar visión viva, dinámica, de la historia romana. Ortega, aunque tiene un alto concepto de uno y otro[44], achaca a Mommsen que, al redactar esa historia, se haya

40. *Geist des römischen Rechts auf den verschiedenen Stufen seiner Entwicklung,* Breitkopf und Härtel, Leipzig, Tomo II, Segunda Parte, 2.ª ed., 1866, *Vorwort*, IX. Los diversos tomos, tanto de *Geist*, como de *Zweck,* en sus varias ediciones, se imprimieron, en distintas fechas, en la misma editorial y ciudad, por lo que no reiteraremos en adelante esos dos datos. En cuanto a *Geist*, nos servimos en nuestro trabajo –salvo en la última cita– de la 1.ª edición (1852-1865), digitalizada (Deutsche Digitale Bibliothek).
41. *Geist*, 1.ª ed., Tomo II, Segunda Parte, 1858, pág. XII. Más brillante la «divisa» situada por él al frente de la presentación de la revista jurídica, fundada junto con Carl Friedrich Gerber: «Unsere Aufgabe», *Jahrbuch des heutigen römischen und deutschen Recht,* 1 (1857), p. 52: «… durch das römische Recht über das römische Recht hinaus».
42. «Sobre una nueva interpretación de la histora universal. Exposición y examen de la obra de Arnold Toynbee: «A Study of History'» (1948-1949), *Obras Completas* (en adelante, *OC*) [2004-2010], Taurus/ Fundación Ortega y Gasset, Madrid, Tomo IX, pág. 1334: «…atenidos solo a lo que Mommsen nos enseñó a considerar como la sustancia misma de la historia romana, a saber: la evolución de su derecho público, de su Estado». Las primeras traducciones de las dos obras de Mommsen citadas por Ortega: *Historia de Roma*, 9 vols., 1876-1877, Góngora, Madrid (trad. de A. García Moreno; pról. de F. Fernándes y González); *Compendio del derecho público romano*, La España Moderna, s. a. [1893], Madrid, 635 págs. (traducción de P. Dorado Montero). Con ocasión del centenario de la muerte de Mommsen tenemos más noticias de estas traducciones: Delgado Delgado, J.A., «La obra de Theodor Mommsen en España: la traducción española de la 'Römische Geschichte'» *Gerión* 21/2 (2003) 45-58; Romero Recio, M., «Traducciones y ediciones de la obra de Mommsen en España (1876-1905)», en: Martínez-Pinna, J. (coord.), *En el Centenario de Theodor Mommsen (1817-1903). Homenaje desde la Universidad Española,* Universidad de Málaga/Real Academia de la Historia, Málaga/Madrid, 2005, 135-152.
43. Así, como muestra de una y otra actitud, *Der Zweck im Recht*, Band II, reimpresión de la 4.ª edición, (Leipzig 1905), Georg Olms, Hildesheim/ New York, 1970, págs. 344 y 345, en sendas notas. Creo que esta 4.ª edición, calificada por el editor como «popular», sería la manejada por Ortega.
44. «Mommsen, uno de los pocos genios que ha habido en la ciencia histórica y al que por mi parte dedico un fervoroso culto…» Si bien, cuando se trata de aclarar el alcance de *imperium* en el derecho público romano, opina: «…el propio Mommsen tropieza con ello. pero no acierta a darle su sentido eficaz histórico que, en cambio, le da Jhering en su libro *Espíritu del Derecho romano*, una de las obras… gigantescas del siglo

detenido en el fin de la República y la proclamación de Julio César, y no haya pasado más allá, a ocuparse del Imperio, siendo así que a partir de él y de sus renovaciones se explica Europa, y ello por ser hijo de su época: el XIX fue el siglo del liberalismo y para el liberal Mommsen la *libertas* romana había concluido con el Imperio[45]. Sin embargo, en la biografía intelectual de Ortega, el conocimiento de Mommsen es de primera hora, y se mantiene hasta el final de sus días. Le citará tempranamente en artículos de prensa, siendo uno de ellos el punto de partida de su discurso sobre el derecho: «Hasta que un día Mommsen tuvo cierta idea feliz: suponer que la historia de Roma había de ser sustancialmente la historia de las variaciones del Derecho romano. Desde entonces hay historia de Roma»[46]. Y acude a Mommsen para iniciar los primeros compases de *España invertebrada*: «La historia de toda nación, y sobre todo de la nación latina, es un vasto sistema de incorporación»[47]. En contraste, a Jhering, como veremos en el siguiente apartado, no se le cita hasta 1939. Es casi un conocido de última hora.

Aun habiendo nacido casi medio siglo después, en el caso de Ortega es sin embargo anterior al de Jhering el conocimiento de Max Weber, «el más grande sociólogo reciente»[48], de quien cita del original sus escritos de sociología de la religión y de sociología y economía. De él publicará un artículo en la *Revista de Occidente*[49], del que hará una glosa inmediata: *Sobre la muerte de Roma*[50]. Ante todo resaltará que Weber es anterior a la literatura del «decadentismo» vinculada a Spengler: estamos ante una «meditación de las decadencias» de sentido opuesto a la realizada por este. Al tratar de identificar las causas económicas, que anuncian el fin del Imperio romano, parece decisiva la evolución de la esclavitud. Observa Ortega que ese planteamiento no es marxista, ya que ese hecho mostrenco se abordó por Roma desde una perspectiva acorde con su historia: «No es, pues, la intención de Weber decir: porque la economía romana fue tal, Roma sucumbió; sino más bien esto otro: porque Roma fue como fue se desarrolló

---

pasado que no conocen las nuevas generaciones». (Ambas citas en «Sobre una nueva interpretación», cit. *OC*, IX, págs. 1247 y 1269).

45. Cfr. «Del Imperio romano» (1941), *OC*, Tomo VI, págs. 85 y siguiente Es conocido que, por manifestarse crítico con la política universitaria de Bismarck, fue llevado a los tribunales. En su vida ni fue nacionalista en sentido riguroso, ni «romántico», ni antisemita. Véase como marco de referencia: Heuss, A., *Theodor Mommsen und das 19. Jahrhundert*, Hirt, Kiel, 1956; Whitman, J.Q., *The Legacy of Roman Law in the German Romantic Era,* Princeton University Press, Princeton, N.J., 1990. Preparando esta nota me llama la atención que al consultar la obra «clásica» de Eric Wolf, *Grosse Rechtsdenker in der deutschen Geistesgeschichte*, cuyas dos primeras ediciones son de 1939 y 1943, es decir, en plena «era nazi», su copioso índice de «personas» siga sin incluir a Mommsen en la 4.ª ed. (1963).
46. «Nuevo libro de Azorín» *El Imparcial* (11 de junio de 1912). *OC*, Tomo I, pág. 537. Repetirá la idea, incluso precisándola, años después (ver nota 40).
47. «España invertebrada», *OC*, Tomo III, pág. 438.
48. «El hombre y la gente». X. Meditación del saludo, *OC*, Tomo X, pág. 261. La 1.ª edición alemana de *Wirtschaft und Gesellschaft* es de 1922, y en su primer apartado: «Conceptos sociológicos fundamentales», cita *Zweck*, II de Jhering. Cfr. *Economía y sociedad,* Fondo de Cultura Económica, México, 2.ª ed. española, 1964, págs. 24 y 27, en relación con los usos sociales (*Sitte*).
49. «La decadencia de la cultura antigua: sus causas sociales» *Revista de Occidente* IV/XXXVII (julio 1926) 25-59.
50. «Sobre la muerte de Roma», glosa en la entrega VI (1927) de *El espectador*, fechada en agosto de 1926. *OC* Tomo II, pág. 644.

en ella un proceso económico morboso que acaba estrangulándose a sí mismo». Los «reaccionarios» romanos fueron incapaces de ser «progresistas», no supieron proceder ante los nuevos tiempos con nuevas técnicas jurídicas. Ese diagnóstico difícilmente lo admitirían ni Jhering[51], ni Mommsen[52]. Por lo demás, parece plausible que fue la lectura de Weber la que llevó a Ortega al conocimiento de Jhering.

Pero Jhering se pone a tiro de Ortega, cuando este lleva un puñado de años merodeando una tarea que, una vez abandonada la política, llena su tiempo: construir una teoría de la sociedad, quizá en la línea de la sociología «comprensiva», y vinculada al proceso histórico, tal como la plantea Weber, pero sin aceptar su punto de partida: la bilateral «acción social» (*soziales Handeln*)[53], que relega ante el deslumbramiento que le produce la omnipresencia anónima de los «usos sociales». Una de las tempranas formulaciones de la tesis orteguiana queda fijada en torno a 1939: «Pero con todo eso desembocamos en algo muy importante, a saber, que si ante los usos nos comportamos dócilmente, sin pretender eludirlos de frente y, por tanto, en forma automática por darnos cuenta del enorme poder que la sociedad usufructúa, el nombre exacto de ese sometimiento no es otro que "obediencia". Obedecemos a los usos, y esto quiere decir que los usos son órdenes, imperaciones»[54]. Y en esos dos puntos –omnipresencia de los usos y su carácter «imperante»– acude Jhering en su apoyo[55]. Un apoyo selectivo y tan discontinuo como fue el modo de redactar este sus obras, perdiéndose en continuas digresiones, en las que el jurista alemán se recreaba hasta tal punto que sus dos obras de mayor fuste quedaron incompletas[56].

51. *Geist*, 1.ª ed., Tomo II, Segunda Parte, 1858. sienta que: la «innere Erweiterung» posibilitada por el «naturhistorische Methode» permitió a la «jurisprudencia constructiva» evolucionar como «jurisprudencia creativa» (págs. 379 y 384 y siguientes).
52. Frente a lo afirmado por Ortega, Mommsen estudió y publicó sobre el Imperio romano: *Die Provinzen von Caesar bis Diocletian,* Weidmann, Berlin, 1885, considerado por el editor 5.º tomo de la *Römische Geschichte*. Fue traducido al español por W. Roces: *El mundo de los Césares,* Fondo de Cultura Económica, México, 1945, 766 págs.
53. Cfr. *Economía y sociedad*, cit., págs. 18-45.
54. Ortega y Gasset, J., *El hombre y la gente* [Curso 1939-1940], iniciado hacia el 4 de octubre de 1939 en Buenos Aires. *OC,* Tomo IX, pág. 410.
55. Sobre los «usos sociales» en Jhering: González Vicén, F., «Los usos sociales. Un ensayo de sociología descriptiva», *Anuario de Filosofía del Derecho* 8 (1991) 481-493, principalmente págs. 483-486, 489.
56. Parece anecdótico, pero estamos ante un criterio interpretativo relevante. He aquí lo que nos dice Jhering de cómo procedía en la redacción: «Mi trabajo daba vueltas y vueltas, sin moverse de sitio, y me habría visto condenado toda mi vida si hubiera tenido que esperar a que mi obra recibiera mi propio aplauso; mi autocrítica se había desgastado tanto que en muchas de las modificaciones hechas apenas sabía si la mejoraba o la empeoraba; aquel movimiento en círculo, si se me permite decirlo, me desesperaba moralmente. Sentí finalmente que debía poner fin a la situación, y llamé en mi ayuda a mi impresor. Pensé que los libros no venían a este mundo en un solo intento, sino que más bien eran compuestos e impresos folio a folio, y que bien pueden los primeros folios ver la luz del mundo, mientras los siguientes se encuentran en estado embrionario. Así puse el pasado mayo en manos del cajista un menguado manuscrito, para que lo fuera componiendo, privándome yo de devolverlo corregido folio a folio –el folio, una vez impreso, lo respeto como *fait accompli*– y obligándome a seguir escribiendo folio a folio» (*Geist,* 1.ª ed., Tomo I (1858), *Vorrede*, págs. VI-VII. El prólogo tiene fecha de 29 de abril de 1852) La traducción es mía.

Vamos, pues, a prestar atención a pasajes que contienen puntos de vista de Jhering comentados por Ortega: algunos contenidos en *Geist,* y otros procedentes del tomo II de *Zweck*.

Respecto de los primeros, me fijaré en tres puntos:

1.º) Vinculación del derecho con el entorno social e histórico. «No podríamos determinar el espíritu del derecho romano sin vincularlo al espíritu del pueblo y de la época, ni permitirnos un juicio sobre el mismo sin tener en cuenta la situación real de la vida, la *realidad* del derecho». Pero no se crea que ello equivalga a redactar una historia del organismo jurídico romano, distinto en las diversas etapas de su desarrollo histórico. Si se pone el acento en lo «psíquico», es porque no se trata de dar con un sistema lógico, con una teoría, ya que el «espíritu» ha de vincularse a la *realidad* material: las proposiciones jurídicas –la formulación del derecho en cualquiera de sus manifestaciones– tienen que ver con «los fines y necesidades de un tiempo determinado, y en ellos reside que se estructuren de una u otra forma»[57].

2.º) Diverso modo de ejercer el *imperium* en la Monarquía y en la República, en razón de los «usos vigentes» en una y otra época. Roma tuvo que abrirse paso entre sus vecinos mediante la fuerza. De sus tres principios organizativos –familiar, sacerdotal y militar–, el monarca asumía el militar no de modo puntual, sino permanente: el pueblo se articulaba en unidades militares, los sacerdotes escrutaban los auspicios antes del combate, y el monarca no era el patriarca de patriarcas: cada *gens* regía el ámbito privado. En ese contexto, «el *imperium* se puede reconducir a un contrato, pero solo en lo que respecta a su otorgamiento. Su duración y su ejercicio en cada caso no depende ya del consentimiento del pueblo: su modo de otorgarse confiere una relación de duradero sometimiento»[58]. Pero como la confianza en una persona ha llevado al contrato tácito, la quiebra de tal confianza conduce a la extinción, inmediata o paulatina, de ese contrato.

En la República, el *imperium* se ejerce por las distintas magistraturas –*magistri* (superiores), no *ministri* (servidores, inferiores)– con un poder limitado en el tiempo, pero absoluto en su mandato, aunque esas magistraturas pudieran ser llamadas a responder de su mandato, una vez que el régimen, inicialmente de patricios, haya dado entrada, no sin tensiones, a la *plebs*[59]. Pero hay que preguntarse si esa estructura de derecho público (*Senatus Populusque Romanus)* fue capaz por sí sola de garantizar la *libertas*. La praxis del, por lo demás, escaso derecho público romano, se remitía al derecho consuetudinario, asentado en una fuente anterior: los usos (*Sitte*), las tradiciones (*mos*, *mores maiorum*). «Pues al derecho consuetudinario antecede un estado de indeterminación, que he denominado "uso" (*Sitte*). El uso es respecto del derecho consuetudinario cosa imperfecta, pero esta imperfección es una ventaja. Para ciertas relaciones solo es posible el uso: este, en cuanto fase previa, dice hasta dónde la regla debe ser observada

57. *Geist*, I, págs 50 (la primera cita) y 41 (la segunda). Lo subrayado y entrecomillado es del autor. La traducción de los textos originales seguirá siendo nuestra.
58. *Geist*, I, pág. 249.
59. Cfr. *Geist,* 1.ª ed., II, Parte Primera (1854), págs, 267-320.

en general, pero permite una desviación en casos motivados, que el derecho consuetudinario no consiente»[60]. El uso flexibiliza la ley y la costumbre jurídicas.

3.º) El carácter formalista del derecho. Aunque del derecho romano arcaico procedieran buena parte de los signos, símbolos y palabras que acompañaban los actos sociales de alcance jurídico, ese formalismo, simplificado a lo largo del tiempo, no deja de ser un producto artístico del espíritu jurídico. Las diversas partes del cuerpo se han prestado a muchos símbolos, pero de forma principal, la mano. «Tender la mano al enemigo es muestra de indefensión y de actitud de perdón, estrecharse las manos es prenda de fidelidad, se implora a los dioses elevándolas hacia el cielo, los esposos unen sus manos, alzar la mano es muestra disponibilidad. En derecho privado, asir y tomar son las funciones más importantes de la mano»[61]. Por supuesto buena parte de esos gestos fueron usos, que el derecho formalista hizo suyos. Pero la mano acompaña a la palabra, que en determinados actos ha de decirse de viva voz. Mas no «al modo como en la vida ordinaria se acompañan las palabras con una pantomima de la mano, si bien en los actos jurídicos también la palabra secunda la acción e incluso puede el peso cargar sobre la acción, siendo las palabras su explicación o constatación. Pero los hechos que se quiere evidenciar han de expresarse por medio de palabras». Dos usos –gesto y lenguaje– están pues íntimamente vinculados, aunque el uno ha surgido espontáneamente de la vida. Mientras que el segundo ha sido elaborado por la jurisprudencia.

Respecto de los puntos de vista de *Zweck,* que interesaron a Ortega, se contienen en el volumen II, aunque este no se cuestionara por qué Jhering suspende la redacción de *Geist*, al considerar manca la provisional relación establecida entre voluntad e interés[62], lo que le impulsa a emprender la redacción de una nueva obra dedicada íntegramente a poner en pie una teoría finalista del derecho[63], que Ortega pasa por alto, quizá por su tono utilitarista, que parte del egoísmo individual, para derivar al fin hacia un eudemonismo social. El volumen I (1877) construye como complemento necesario una «mecánica social», que domestique los egoísmos enfrentados mediante distintos instrumentos, coronados por la fuerza organizada –es decir, sometida al derecho– del Estado. Esas tesis se desarrollan en los capítulos I a VIII, de ese volumen.

Propósito del autor era explicar, en razón asimismo de sus fines, otro orden de conducta humana, la moral, para dar razón de actitudes como la abnegación o la benevolencia. A la moral pensaba dedicar el capítulo IX, lo que ciertamente no ocurrió. Pues si bien es cierto que el volumen II, en las dos primeras ediciones (1883 y 1886), se abre con un capítulo IX, dedicado a *Die Ethik*, prontamente se desvía por

60. *Ibidem*, pág. 284.
61. *Geist,* 1.ª ed., II, Parte Segunda (1858), pág. 595. La cita siguiente en pág. 590.
62. *Geist,* 1.ª ed. III, Parte Primera (1865), «Insuficiencia de las ideas de voluntad y de fuerza para definir el derecho. El momento sustancial de la idea del derecho e ideas que de él dimanan: utilidad, bien, valor, interés» (págs. 307-327).
63. Esta es la divisa con que se abre el tomo I, en la edición indicada más arriba (véase nota 41): *«Der Zweck ist der Schöpfer des ganzen Rechts»* («El fin es el creador de todo el derecho»).

otros derroteros[64]. El «método etimológico», tan querido por él, le lleva a ampliar el binomio «derecho-moral») con un tercer elemento: de origen romano es la distinción *justum-bonum* (derecho-moral); de origen germánico, la establecida entre *justum-decorum (Sitte)* (derecho-usos sociales)[65]. Pero más allá de hurgar en las raíces linguísticas, quizá Jhering recordara que la tríada (*bonum-justum-decorum*) se había consolidado en el «derecho natural racionalista», siendo Christian Thomasius (1655-1728), a quien Jhering cita alguna vez, su clásico expositor[66]. Tanto Thomasius como Jhering se dedicaron, cada uno en su tiempo, a analizar el ámbito de los «usos», la «cortesía», las «maneras», la «etiqueta». En el caso de Jhering, de modo excesivo: un volumen de casi seiscientas páginas e incompleto, y escrito al precio de no concluir la obra. Pero Ortega sacó acicates para su empresa, sobre todo de la parte dedicada a las «simbólicas»: la del «gesto humano» y «la del lenguaje oral»[67].

## LOS «USOS SOCIALES» EN ORTEGA Y GASSET

Entre nosotros, quienes en torno a 1960 abordaron el tema del derecho en Ortega, apenas mencionaron a Jhering[68], a pesar de que a los dos años de la muerte de aquel se publicara *El hombre y la gente* (1957), fuente ineludible para su propósito, en la que ya se cita a Jhering. Fuente, sin embargo, decepcionante, por quedar sin desarrollo bastantes de los temas que se encadenaban e incluso se programaban hipotéticamente. Parece como si un mismo destino –la obra incompleta– fuera compartido por ambos.

64. No es fácil reconstruir el esquema de *Zweck*. Plausible es el trazado en la versión italiana, realizada hace tiempo, por M. G. Losano (*Lo scopo nel diritto*, Einaudi, Milano, 1972), contenido en su *Introduzione* (págs. LV-LIX), así como el *Indice analitico* (págs. 401-409) referido solo al volumen I, el único traducido. Una nueva edición, sin número de orden (Nino Aragno Editore, Milano, 2014) presenta una nueva introducción y prescinde del índice analítico.
65. *Zweck,* II, págs 9-11. En la edición 4.ª, que es la citada, el capítulo IX se titula: *Das Sittliche* («usos sociales», «normas (no jurídicas) de convivencia»). Si tradujéramos *Siitlichkeit* por «eticidad», tendríamos que precisar que no estamos ante el término tal como lo entendió Hegel.
66. Cfr. *Geist,* II, Parte Segunda, pág. VI. Sobre el autor «ilustrado», remito a mi trabajo: «Christian Thomasius, el impertinente», en *Discordia*, vol. I, cit.. págs. 203-227.
67. Cfr. *Zweck*, II, págs. 505 y siguientes.
68. En orden cronológico: Legaz Lacambra, L., «El derecho internacional en el pensamiento de José Ortega y Gasset» *Revista de Estudios Políticos* 111 (1960) 5-42; Hierro S.-Pescador, J. *El derecho en Ortega,* Ediciones de la Revista de Occidente, Madrid, 1965, 345 págs.; Elías de Tejada, F., «El concepto del derecho de José Ortega y Gasset» *Anuario de Filosofía del Derecho* 12 (1966) 37-52; Idem, «Derecho y ley en José Ortega y Gasset» *Anales de la Cátedra Francisco Suárez*, 5-6 (1965-1966) 109-127; Idem, «Ortega y Gasset ante la filosofía del derecho», en: *Homenaje al Profesor Giménez Fernández*, Universidad, Sevilla, vol. I, 1967, 373-389. Solo el libro de Hierro S.-Pescador cita una vez a Jhering, en pág. 247. Esa casi ausencia se subsana por Gibert, R., «Jhering en España» (1970), citado más arriba (nota 4), que dedica a Ortega las págs. 62-64. Poco después del estudio de Legaz se escribió una selección de frases de Ortega, ordenadas por temas, y que en un apéndice se propone «rectificar» a Ortega –«falangismo orteguiano»– con afirmaciones de José Antonio Primo de Rivera y Francisco Franco (López Medel, J., *Ortega en el pensamiento jurídico contemporáneo*, Secretaría General del Movimiento, Madrid, 1960, 147 págs. (en págs. 128-129, cita de Franco; en pág. 130, cita de Primo de Rivera).

El libro póstumo *El hombre y la gente* tiene una génesis, que arranca –el dato es relevante– en 1934. Dada esa lenta gestación, será preciso aludir a otros trabajos de Ortega aparecidos en ese tiempo en el que iba tomando cuerpo el tema de los «usos sociales», como hecho central de su «sociología». Como esa cuestión la abordó Ortega antes del «gozoso descubrimiento» de las dos obras de Jhering, el proceso apuntado encierra una cierta complejidad.

Antes de todo, se podría decir que el libro, cuando se anuncia por vez primera en *Historia como sistema*, estudio este publicado inicialmente en inglés en 1935, y en español en 1941[69], evidencia que en Ortega hay ya una concepción de lo social, que antecede al conocimiento constatable de Jhering. «A este carácter de la fe social doy el nombre de vigencia. Se dice de una ley que es vigente cuando sus efectos no dependen de que yo la reconozca, sino que actúa y opera prescindiendo de mi adhesión». Y antes de la ley, en su génesis, están los usos sociales: «La sociedad consiste primariamente en un repertorio de usos intelectuales, morales, políticos, técnicos, de juego o placer». Y para que sean una «vigencia social», una «creencia social», necesitan tiempo. En un trabajo publicado en castellano junto con el anterior, *Del imperio romano,* como extrema forma de uso social, se habla del Estado: «El Estado es solo una de esas presiones sociales, la más fuerte, la comprensión máxima»[70].

Pasemos ya a reconstruir la genealogía de *El hombre y la gente.* Como punto de partida digamos que, con el título del libro, el autor fue dando en distintos momentos conferencias y cursos. El contenido se iba engrosando, pero el título –lo dijimos– ya estaba fijado desde un primer momento. Sigamos el proceso.

1) La primera conferencia con ese título se pronuncia en Valladolid, en el teatro Pradera, hacia el 20 de mayo de 1934[71], en el marco de actividades de extensión universitaria. En ella, y acorde con la estrategia retórica propia del conferenciante, pretende desde el inicio dejar al auditorio «estupefacto», al mostrarle que lo obvio es más bien problemático. «Todo lo colectivo y social es, pues, lo humano desindividualizado, despersonalizado e irresponsabilizado. Esto es, por un lado, terrible, pues significa que la sociedad, eso en cuyo nombre se exigen hoy tantas cosas, es vida humana deshumanizada… Por eso hallamos todo lo social fuera de nosotros como las piedras y los árboles». Cuando quiere describir la sociedad como «lo humano transformado en naturaleza», enumera algunos de sus ingredientes: «Por otra parte, la opinión pública, los usos, las leyes tienen efectivamente una ventaja: la sociedad conserva el resultado de muchas creaciones individuales, las acumula y transmite». Encontramos ya una mención de los usos y de su función social.

69. *Historia como sistema*, *OC*, VI, pág. 70, nota 1. Las dos citas en págs. 52 y 69, respectivamente.
70. *Del Imperio romano, OC*, VI, pág. 116.
71. *OC,* IX, págs. 166-174. Las citas en págs. 173 y 174. En la nota editorial de esta edición de *OC*, págs. 1432 y siguientes., se remite a la inclusión de esta conferencia en: *Universidad de Madrid. Facultad de Filosofía y Letras. Año académico de 1934-35,* Impr. de Galo Sáez, Madrid, 1934, pág. 35.

2) El tema se prosigue en la conferencia pronunciada en Rotterdam hacia el 2 de mayo de 1936, siempre con el mismo título[72]. Aquí parte de una pregunta apremiante, dirigida a los sociólogos. «Si apremiamos a estos para que nos digan con precisión y sin evasivas qué entienden por sociedad, por colectividad, los hallaremos divididos en dos bandos: uno de ellos sostiene que lo social se resuelve íntegramente en las relaciones de convivencia entre individuos. Por ejemplo Max Weber –quien llama *soziales Handeln* a lo que un hombre hace orientándose en el comportamiento real o posible de otro hombre. El bando puesto, cuyo mayor capitán es Hegel, nos dirá que lo social es una realidad diferente de los individuos y que consiste en una conciencia o espíritu distinto del que cada hombre posee. La doctrina es sobremanera turbadora». Rechazadas ambas alternativas, señala su propia opción: «A mi juicio, todos los hechos verdaderamente sociales son formas diversas de un fenómeno prototípico que es el uso. Cuando se ha visto bien el carácter que tiene esa realidad llamada uso se nos impone contra una noción de lo social nueva y sorprendente. Uso es, por ejemplo, el saludo». El hecho crucial del uso y del saludo como prototipo del uso, quedan establecidos a partir de esta afirmación.
3) En el curso 1939-1940, siempre con el mismo título, iniciado hacia el 4 de octubre de 1939, y desarrollado en Buenos Aires, en la sociedad de Amigos del Arte[73], se ahonda en el tema, dándole unas dimensiones –10 capítulos– que configuran el torso de lo que será la obra en su estadio más avanzado. Para evitar reiteraciones, solo voy a señalar aquellos puntos que suponen una novedad respecto a lo hasta ahora apuntado. Lo primero a subrayar es que, al abordar el tema del saludo, cita el «libro genial de Jhering *El fin en el derecho*»[74], como una de las pocas aportaciones al tema del saludo, así como reitera la crítica al «gran Max Weber» por identificar los «social» con lo «interindividual», con lo que «se ciega en absoluto para ver la extraña, peculiarísima realidad social»[75]. También formula otra tesis sobre el uso: «Mi tesis es, pues, taxativamente esta: el hecho social es ante todo, el uso y todo uso es un caso particular del fenómeno general humano que llamamos "mando y obediencia". El derecho es solo una especie determinada del mandar y obedecer»[76].
4) Por último, el curso 1949-1950, impartido desde el 23 de noviembre de 1949, en el cine Barceló de Madrid, dentro del programa del Instituto de

72. *OC*, IX, págs. 203-217. Las citas en págs. 214 y 215.
73. *OC,* IX, págs. 279-437.
74. *OC*, IX. pág. 320.
75. *OC*, IX, pág. 375. Este juicio sobre Max Weber lo repite Ortega con frecuencia, a fin de resaltar su propia «originalidad». Cfr., por ejemplo, en el Curso *El hombre y la gente* de 1949-50 del Instituto de Humanides *OC*, X, págs. 209, 261, 270; también en la conferencia: *El fondo social del «management» europeo,* conferencia del 22 de diciembre de 1954 en Torkay (UK): «…el más eminente de los sociólogos alemanes que murió en 1920, Max Weber» comete el error apuntado (*Ibidem,* pág. 446). El mismo error, según Ortega, lo cometen asimismo Durkheim y Bergson.
76. *OC*, IX, pág. 411.

Humanidades[77], que con sus doce apartados, constituye el grueso del volumen póstumo: *El hombre y la gente,* Revista de Occidente, Madrid, 1957.

En el curso anterior (1948-1949) del Instituto de Humanidades, Ortega desarrolló doce lecciones sobre un libro de Arnold Toynbee (*A Study of History*), que había alcanzado amplia difusión entre el «gran público»[78]. Según Ortega, al llegar al punto de fijar el sentido histórico del *imperium* del magistrado romano, no aciertan ni Toynbee, ni siquiera Mommsen pero sí Jhering, «en su libro *Espíritu del derecho romano*, una de las obras gigantescas del siglo pasado que no conocen las nuevas generaciones. Por ser obra enorme, de cinco tomos, que no se encuentra en el mercado, ni en la lengua original ni en la traducción, ello me ha dado ocasión para pedir a un gran amigo mío, don Fernando Vela, que haga una exquisita abreviatura, porque tenía interés en que las nuevas generaciones tomasen contacto con obra de tan profunda ciencia histórica, de tan auténtico sentido histórico»[79].

Descritos esos varios encuentros puntuales de Ortega con Jhering, vamos a proceder en lo que sigue, a enumerar los planteamientos de Ortega sobre el derecho que revelan un influjo, de mayor o menor relieve, del jurista alemán en ellos.

En *primer lugar*: «la realidad *derecho*» no consiste en las solas prescripciones. Y por eso «tenía razón que le sobraba Savigny» cuando afirmaba –y Ortega hace la cita, tomada *De la vocación de nuestro tiempo*, en el alemán original– que «el derecho no tiene una existencia en sí, sino que es más bien la misma vida del hombre, desde un aspecto específico». Si bien, ese punto de vista tan válido se oscurece en la escuela histórica por la «nebulosa noción de *Volkgeist*». El derecho, en cuanto «realidad efectiva y completa…, se apoya en una porción de vigencias sociales que la ley da por supuestas». En este punto, da la «ultima palabra» a Jhering, para quien el derecho romano había consistido, casi íntegramente, en esa forma no estatutaria del derecho. Con metáfora

77. *OC,* X, págs 139-326. El tema sigue vivo en conferencias dadas en Alemania (Hamburgo y Munich) en 1953, así como en Suiza.

78. *Sobre una nueva interpretación de la historia universal. Exposición y examen de la obra de Arnold Toynbee: 'A Study of History', OC,* IX, págs. 1185-1408.

79. *OC,* IX, pág. 1269. Se trata de: *Abreviatura de 'El espíritu del derecho romano',* Revista de Occidente Argentina, Buenos Aires, 1947, 449 págs. Tiene un prólogo, que firman «Los editores», y que se incluye en la edición de las obras completas que venimos utilizando, por lo que se considera que su autoría ha de atribuirse a Ortega (*OC,* VI, 363-365) El texto distingue a Jhering de la «escuela histórica» por abordar el derecho romano en su interno dinamismo, en su funcionamiento. Pero para dar con una teoría general del derecho, había que elaborar una sociología. una teoría general de la sociedad, Eso representa *El fin en el derecho*, «el libro sociológico, tal vez más hondo y sistemático que poseemos». Hay algo de hiperbólico en Ortega: *Espíritu* no tuvo en alemán ni en traducciones, cinco tomos, sino cuatro como máximo; ni hay tal sistemática en *Fin.* La traducción no indica la edición alemana de partida, pero es propiamente una abreviatura que conserva buena parte del texto original, una vez que ha prescindido de las numerosas notas. Por el mismo editor y por el mismo traductor e inteligente «abreviador», aparecieron otras tres «abreviaturas», curiosamente sobre autores glosados por Ortega en esas fechas de elaboración de *El hombre y la gente*: *La evolución creadora*, de H. Bergson (1947); *Principios de Sociología*, de H. Spencer (1947); *Investigaciones lógicas*, de E. Husserl.(1949). Sobre el artífice de esta empresa: Neila, M., «Fernando Vela, la música callada de la traducción» *Cuadernos Hispanoamericanos* 732 (2011), págs. 91-122.

orteguiana: «Los términos expresos de una ley son como una isla a la vista cuya realidad completa es la ingente montaña submarina de que ella es cima y que no vemos». Más preciso, acuñando una categoría filosófica: el estudio de cualquier institución jurídica, «nos exhumaría los *complementos* jurídicos no establecidos pero vigentes, sin los cuales aquella ni hubiera existido ni tendría significación inteligible»[80]. La propuesta parece una proyección de la *razón vital* en el derecho.

En *segundo lugar*, este discurso sobre el derecho no se entiende si no se vincula a una determinada circunstancia histórica: «…todas la leyes civiles y públicas del Derecho romano dan por supuesta esta «ley» nunca formalmente sancionada, prescrita ni enunciada: «Es obligatorio para todo ciudadano romano comportarse de modo que Roma pueda subsistir». Sería un error suponer que esta perogrullada, por ser, en efecto perogrullada, no expresa una maciza realidad, y otro error suponer que esa vigencia jurídica ha existido *mutatis mutandis* en todos los países y Estados»[81]. Esa observación ya la había hecho Ortega, con una cierta pomposidad, diseñando una «teoría de los complementos de la vida colectiva» que, a poco de ser incoada, concluye en puntos suspensivos[82]. Procediendo a una narración rauda de la historia de la República romana, llega a la conclusión de que, si para la «razón pura» es «opaco» el equilibrio entre el senado y el tribunado de la plebe, este se hace «transparente» para una razón narrativa, como lo es la «razón histórica». La institución del tribunado vivió «de algo que estaba fuera de ella y del Estado, de un *complemento* existente en los senos profundos y ultrajurídicos de la Sociedad– en suma, la ley, una vez más, vivió de las costumbres». Partir de estas «es uno de los grandes principios sociológicos», en el que reposó la investigación de Ortega sobre la sociedad, gracias a las virtualidades de la *razón histórica*[83]. Aunque solo podemos mencionar el tema, esa dimensión de la razón es capaz de abordar asimismo el problema de lo justo, sin acudir, como hizo Jhering, al utilitarismo social; ni tampoco invocando la abstracta y glorificada justicia, «una maza extrajurídica…, que cree torpemente que el derecho es derecho porque es justo, mientras que el romano castizo pensaba inversamente, que lo justo es justo porque es derecho»[84]. Eso supone, por lo menos, una vida pública con instituciones.

---

80. Todo lo textual es cita de la conferencia de Berlín (5 de septiembre de 1949), pronunciada en la Freie Universität: *De Europa meditatio quaedam*, en: *OC,* X, págs. 320 y 321, incluida la nota a pie de texto.
81. Citado en el mismo lugar, en pág. 321. La simbiosis, correlato de los *usos*, entre derecho e idiosincrasia de un país conformada por el decurso histórico la considera paradigmática, además de en Roma, en Gran Bretaña, como también lo apreciaba así Jhering (*Abreviatura de 'El espíritu del Derecho romano',* cit., pág. 213: «Como en la actual Inglaterra, en el espíritu conservador romano tenían gran influencia los usos, los precedentes (*exempla majorum*) que constituían una práctica».
82. *Del Imperio romano*, cit, *OC*, VI, págs. 130 y siguientes. La cita, en pág. 132. Afirmaciones como estas no solo se apoyan en Jhering, sino en la lectura que Ortega hace de Hegel. Remito a: Pérez-Luño, A.-E., «Hegel y Ortega. Meditación sobre los presupuestos historiográficos de la Filosofía del derecho», en *Meditaciones sobre Ortega y Gasset,* cit., págs. 523-568.
83. Ortega dedicó a la «razón histórica» dos cursos (1940 y 1944) y redactó en 1946 un prólogo a W. Dilthey, *Introducción a las ciencias del espíritu* (cfr. *OC,* IX, págs. 477 y siguientes; 625 y siguientes; 723 y siguientes, respectivamente).
84. *Del Imperio romano*, cit., *OC,* VI, pág. 107.

En *tercer lugar* vamos a abordar esos hechos en que consiste la sociedad: los *usos*. Se recordará que, en *Geist*, Jhering se centra en los dos usos sociales que en Roma tienen alcance específico en el derecho formulario: el saludo (mano) y la palabra (lengua). En contraste, el tomo II de *Zweck* es una prolija descripción y sistematización de múltiples usos. Ortega aborda tan solo los dos usos aludidos en *Geist*[85], aunque *Zweck* le descubra la dimensión sociológica del tema. Pero además Ortega, con su distinción en «usos débiles» y «usos fuertes» permite una ósmosis entre unos y otros, de manera que desde los primeros se pueda acceder, con el tiempo, a los segundos: derecho, poder político, Estado. En Jhering, como ya se señaló, hay tres órdenes estancos (*Recht*, *Sitte*, *Moral*), cada uno con sus propias notas distintivas. Siempre contrastando, nos parece que mientras el II tomo de *Zweck* es obra de una pieza, *El hombre y la gente* es obra de dos: los ocho primeros capítulos son de corte filosófico, y muestra de ello es que el autor más citado en ellos –en más de una docena de ocasiones– es el Edmund Husserl de *Investigaciones lógicas*. En contraste, los cuatro últimos (dos dedicados al saludo y otros dos al «decir de la gente»), establecen relación con los «sociólogos» ya conocidos. Del *saludo*, Ortega señala sus características: a) es un acto que ejecuto yo, pero que no reside ni en mi inteligencia, ni en mi voluntad; esa ejecución depende de la presión de la gente, y así me veo forzado a hacerlo; b) que es un acto que no entiendo, salvo que me conforme diciendo que es un hábito social, algo acostumbrado, frecuente, cuyo significado me transciende. Pero ese acto –el saludo– hubo un tiempo en que sí tuvo sentido. Al querer encontrarlo, Ortega se siente desasistido: a parte de un par de enciclopedias, británica la una, americana la segunda, acude como ya dijimos al Jhering de *Fin*, pero sobre todo, aunque sea para tomar distancia, a Herbert Spencer, una «momia» a la que desprecia en otros momentos: «Pues bien, entre todo ello lo único que sobre el tema se ha dicho de ingenioso y que, con una ligera variación de la prueba, podría valer como verdadero, es lo que al desgaire nos comunica Spencer y, no sé por qué, no he visto nunca atendido»[86]. Spencer considera nuestro apretón de manos un gesto de sumisión del inferior hacia el superior. El sometido, hecho después esclavo, cae en tierra tendiéndose en el suelo; posteriormente se pone a cuatro patas; más tarde de rodillas; luego pone sus manos en las manos del señor: está en sus manos. Pero siguiendo con su evolución –es el tributo de Spencer a Darwin– el inferior, puesto ya en pie, toma la mano del superior y la besa; si el superior se resiste, se vuelve a insistir, hasta llegar al apretón de manos. La explicación para Ortega «está muy cerca de ser verdadera». En este punto, pues, olvida a Jhering quien vincula el saludo a la paz: ante el desconocido encontradizo, estrechar las manos da a entender que estamos desarmados, que venimos en son de paz. Por último, respecto del segundo paradigma de «uso», la «lengua», el «decir de la gente», los dos capítulos se dilatan ambiciosamente en sentar bases sobre

85. Sin embargo, alguna vez alude con tino a otros usos, como la cortesía, o la moda masculina y femenina, o el traje regional, ya sea de lagarterana o la bata de faralaes.

86. *El hombre y la gente* [Curso 1949-1950], *OC*, X, cap X, pág. 273. En la edición de *Abreviatura de Principios de Sociología*, citada más arriba, en nota 76, los «saludos» son tratados en págs. 267 y siguientes.

una «nueva filología», o aventurar hipótesis sobre el «origen de las lenguas». Para nuestro propósito nos basta reseñar la reiteración de la misma dinámica: «La lengua es un uso social que viene a interponerse entre los dos, entre la dos intimidades, y cuyo ejercicio o empleo por los individuos es predominantemente irracional»; como, antes de toda reflexión, es irracional el saludo. Y en ambos casos estamos ante un «uso débil». Con la lengua nos «encontramos»: la «lengua materna» nos socializa, si es que queremos entendernos. Pero aunque está «hecha», siempre está «haciéndose». Y es que una cosa es «hablar» y otra «decir»: «El decir, esto es, el anhelo de expresar, manifestar, declarar, es pues una función o actividad anterior al hablar y a la existencia de una lengua tal y como esta ya existe ahí». Soslayemos el tema del origen del lenguaje, aunque para Ortega su gestación es similar a la de cualquier otro «uso»: «Todas las palabras y giros fueron inicialmente inventos individuales que luego se degradaron en usos mecanizados, y entonces, solo entonces, entraron a formar parte de la lengua». En ese uso, a la palabra acompaña la «gesticulación»: «También aquí el individuo se siente presionado por lo que se hace en su contorno; también aquí hay vigencias, y si se hubiera hecho la historia de la gesticulación aparecería bien claro que el uso y el desuso y el abuso de los gestos obedecen a las leyes generales del uso»[87]. A través del lenguaje se va configurando la «opinión pública», preñada de «tópicos». Pero este «uso» se aproxima a un «uso fuerte».

Por último, en *cuarto lugar*, vamos a intentar poner al descubierto que en Ortega se reitera una actitud crítica frente a la *filosofía y los filósofos del derecho*, contrapuesta a una apreciación positiva de la *sociología*. Pero, ¿que entiende por «filósofos del derecho» y por «sociología»? La manzana de la discordia queda identificada en la distinción entre «usos débiles» y «usos fuertes», que incluye entre los segundos el «derecho». No reconocer esto, «fue causa de que juristas y filósofos del derecho no hayan acertado a ver en este lo que es y no puede menos de ser: un uso entre los usos»[88]. Como defendió Jhering, el derecho no es un concepto elaborado *a priori* por la razón, es decir, en sentido orteguiano, por la «razón pura». Y eso vale incluso del derecho romano, pues en él hay que distinguir: a) «la realidad jurídica vivida por el romano»; b) «la técnica del derecho o jurisprudencia»; c) la reflexión sobre esta jurisprudencia, «que da una teoría abstracta del derecho, es decir, la llamada filosofía del derecho. En Roma no había filósofos; solo hubo recepción bastante torpona de las doctrinas griegas, comenzando por Cicerón»[89]. Y en la misma lección del curso, de donde procede esa cita, Ortega se ve obligado a hacer una aclaración metodológica: no puede llegar a una cabal exposición de qué sea el derecho si previamente no se conoce el «hecho social» que son los «usos». En caso contrario, «hubiera tenido que comenzar desarrollando toda una teoría general del derecho, lo que suele –malamente– llamarse una filosofía del derecho»[90].

87. Las tres última citas, en *El hombre y la gente, OC*, X, cap. XI, págs. 292, 305 y 313.
88. *El hombre y la gente*, *OC*, X, cap. XI, pág. 293.
89. *Sobre una interpretación de la historia universal,* cit., *OC*, IX. Lección IX, págs. 1334-1335, Nota 1.
90. *Ibidem*, pág. 1335.

¿Qué «filosofía del derecho» tiene Ortega a la vista? Ciertamente la que encuentra entre 1905 y 1907 en sus años de formación en Alemania. En esa época. Europa continental intentaba superar el positivismo jurídico, imperante en la segunda mitad del XIX, que centraba el derecho en la norma imperativa. Podemos suponer, con base, que Ortega conociera esa corriente, pues, con tino, asevera: «No afirmo yo, ni mucho menos, que el derecho sea derecho porque se ejerza imperativamente, sino que lo justo posee, desde luego, la calidad de ser imperable, precisamente porque es derecho»[91]. Pero parece tener solo una ligera noticia del positivismo jurídico a través de un folleto editado en 1907, que contiene un discurso de Richard Loening, con ocasión de un trivial acto académico, en que este profesor se muestra crítico con tal positivismo. La cita carece de acribia[92].

El positivismo jurídico, negador de toda filosofía, se intentaba superar, en nuestro caso, invocando la vuelta a Kant, en la versión neokantiana de Marburg, universidad en la que recalará Ortega, y en la que recibirá las enseñanzas de Hermann Cohen. A esa misma corriente se adscribía el catedrático de Berlín –universidad también visitada por Ortega en esas fechas–, Rudolf Stammler, «el más ilustre filósofo del derecho en la actualidad»[93]. En un artículo publicado en *El Sol* (10 de febrero de 1918), volviendo la vista atrás, hace balance de lo que esos autores alemanes han significado, y han dejado de significar para él. Partiendo de la censura que, ya en su propio tiempo, se le hiciera al formalismo de su filosofía práctica, esta fue la tarea de sus profesores: «Stammler y Cohen, cada cual según su humor, han intentado vanamente henchir de materia esas formas vacías que son en Kant lo bueno y lo justo». Y aprovecha la oportunidad para ajustar cuentas con él mismo, y con la situación intelectual española: «Otro punto que me interesa subrayar es el excesivo rango que, tanto en este libro como en casi todo lo que se oye en España sobre la filosofía del derecho, ocupa Stammler. Su obra es, sin duda, magistral y venerable. Pero su dirección y la manera fundamental de acercarse a los problemas pertenecen a un pretérito irredimible. No vacilemos en decirlo. El neokantismo fue la doctrina donde nos hemos educado para la filosofía; guardemos gratitud a nuestros maestros. Pero el neokantismo no es la ciencia actual, ni mucho menos la futura». Vana fue la advertencia de Ortega: Stammler se seguirá traduciendo, y en 1922 pronunciará sendas conferencias en las Universidades Central y de Granada[94]. Para cerrar la creciente animosidad de Ortega hacia Stammler, aludiré a la indiscreción

91. Se contiene en: «El genio de la guerra y la guerra alemana», *El espectador* (1917). *OC*, Tomo II, pag. 340 Se trata de una crítica a la obra de Max Scheler, *Der Genie des Krieges und der deutsche Krieg* (1915).
92. Equivoca el nombre del autor (Richard, no Rudolf), no es «von», y trastoca el título: *Esencia y raíz del derecho* (en el original: *Wurzel und Wesen des Rechts*, G. Fischer, Jena, 1907). Si bien recomienda que se traduzca. *OC* Tomo II, pág. 340, nota 1. Las erratas de Ortega las corrige discretamente L. Recaséns, *Estudios de Filosofía del Derecho* (1936), pág. 530. Más abajo, se completa la cita de Recaséns.
93. *Ibidem*, Tomo II, pág. 339. Trae a colación a Stammler a propósito de su *Teoría del derecho justo*, cuyo título cita en alemán.
94. «Un libro sobre la filosofía del derecho», *OC,* Tomo III, pág. 96. Se trata de una reseña de: Rivera Pastor, F., *Lógica de la libertad,* F. Beltrán, Madrid, 1918. Sobre la recepción de Stammler en España, remito a mi *Discordia,* cit., vol. II, págs. 114 y siguientes.

de Cohen, que le lleva a compartir con Ortega una maledicencia antisemita vertida sobre Stammler, «el famoso filósofo del derecho– no comprendo por qué su fama era tan enorme en el mundo, porque era hombre poco inteligente»[95]. Y, por entender asimismo mal a Cohen, incluye en el anatema a Kelsen, cinco lustros más joven que el catedrático de Berlìn –de cuya teoría del derecho «se han empapuzado lo juristas y filósofos del derecho de todo el mundo»–, si bien, en este caso, sin descender a lo personal: «El derecho no se funda últimamente en algo, a su vez, jurídico como pretendía la extravagancia de Kelsen… sino, en cierta situación total de la vida humana colectiva».

Y entremos ya en la respuesta a la segunda pregunta arriba formulada: ¿Qué entiende Ortega por «sociología»? Una vez que apostató del neokantismo, Ortega nunca fue epígono de nadie. O al menos así quiso estimarse. Partió, hacia 1935, de una pretensión desmesurada: poner en pie «una ciencia fundamental sociológica»[96]. Le animaba a ello el escaso espacio, según su criterio reductor, que en los libros de los pioneros de la sociología ocupaba la cuestión: ¿en qué consiste la sociedad? Cuantificando: de la más de cinco mil páginas dedicadas a la sociología por Auguste Comte, «no encontraremos líneas bastantes para llenar una página que se ocupen de decirnos qué entiende por *Sociedad*»; de los *Principios de Sociología*, de Herbert Spencer, que no constará de menos de 2.500 páginas, las dedicadas a la misma cuestión no cree que lleguen a cincuenta líneas; hace pocos años aparece *Las dos fuentes de la moral y la religión,* libro «encantador», un tratado de sociología de 350 páginas, en el que no hay una sola línea, en que Bergson «nos diga formalmente qué son esas sociedades sobre las cuales especula»[97]. A parte de lo problemático que sea incluir a Bergson en este elenco, en sus alrededores se encuentran Max Weber, con su «interindivualidad» como crucial «hecho social», «error» del que ya se habló; y con menos claridad se distancia de Emile Durkheinm, que ya expuso algún elemento característico de los «usos sociales»[98]. Fijado por Ortega el alcance de los usos, como principio de su «sociología», constatamos que, tras una potente arrancada, el bólido se detiene en las primeras vueltas del circuito.

Pero era tal la fe en sí mismo, que Ortega creyó con sus «usos sociales» haber irrumpido en el campo de los fustigados «filósofos del derecho»: «Yo no había pensado nunca en ocuparme del hecho jurídico pero al sumergirme en estos estudios de una sociología radical, que no duda ir al fondo de los fenómenos sociales más profundos, me encontré un buen día sin buscarlo, quererlo o premeditarlo, con toda una filosofía del derecho completamente nueva que hoy anda ya corriente por el mundo porque

95. *Sobre una nueva interpretación de la historia universal*, cit. *OC*. Tomo IX, pág. 1321. Y en la misma página: «Stammler a quien Cohen, por ser Stammler judío y haberse convertido, llamaba, hablando conmigo, *Ab–stammler*, es decir, desertor o degenerado». La crítica a Kelsen se encuentra igualmente en esa página. Sobre el tema, Bacigalupo Zapater, E., «Ortega y Gasset sobre Kelsen y el derecho» *Revista de estudios orteguianos* 33 (2016) 115-131.

96. *OC,* Tomo V, «Un rasgo de la vida alemana. V. Últimas reflexiones» (*La Nación* de Buenos Aires, 31 de marzo de 1935), pág. 347.

97. Resumo los párrafos contenidos en *El hombre y la gente* [Curso 1949-1950], *OC,* Tomo X, I. «Ensimismamiento y alteración», pág. 141.

98. La referencia a Durkheim, pág. 140.

algunos de mis discípulos eran precisamente filósofos del derecho. Véanse, por ejemplo, los libros publicados hace ya seis años por el señor Recaséns, quien muy relacionado con los juristas franceses habrá sembrado entre ellos la nueva simiente»[99]. Veamos los hematomas que la autocomplacencia de Ortega sufre en su contacto con la realidad.

Luis Recaséns Siches, veinte años más joven que Ortega, publicó en 1936, en francés, un artículo sobre los usos[100]en el *Annuaire de l'Institut International de Philosophie du Droit et de Sociologie*, que no se creó como publicación programada para establecer una colaboración entre ambas disciplinas. Se creo para permitir, en un clima de convivencia internacional, la continuidad en libertad, imposible tras el régimen nazi, del veterano *Archiv für Rechts– und Sozialphilosophie.* Con este propósito se le dotó de un comité plural[101]. En el mismo año apareció el artículo en castellano[102]. Tras poner de manifiesto la relevancia del tema, citando tres veces el tomo II, de *Zweck*, y asimilando, en este punto, Kelsen a Max Weber, dedica más interés, precisamente, a Stammler, cuya doctrina, ¨aunque la considero también fallida, estimo tiene mucho mayor importancia que las anteriores, por haber tratado el problema con más rigor, y por el gran juego que ha dado en la Teoría del Derecho contemporánea»[103]. Parte, para delimitar los usos, de los tres caracteres que el derecho debe tener, para ser definido como «querer entrelazante, autárquico e inviolable¨, términos que acuñó el traductor al español de la obra clásica de Stammler[104]. Mientras el derecho posee esas tres notas, la moral y los usos no las poseen o no en su integridad. Recaséns, acepta la distinción de los tres órdenes, pero no admite una separación radical entre derecho y usos, si bien «en caso de movilidad de fronteras, entre usos sociales y normas jurídicas, es el Derecho al que corresponde la decisión»[105].

Cuatro años más tarde, el discípulo de Recaséns, Luis Legaz Lacambra, al abordar el tema «derecho y usos sociales», sí que cita a Ortega, y además muy oportunamente,

99. *OC,* IX, *El hombre y la gente* [Curso 1939-1940], págs. 410 y siguiente.
100. «Les usages et leur differentatiom d'avec les normes juridiques», *Annuaire de l'Institut International de Philosophie du Droit et de Sociologie*, Tomo II, Sirey, Paris, 1936, págs. 145-163.
101. Presidía el *Institut* el jurista católico Louis Le Fur (Paris), y era su secretario general Georges Gurvitch (Estrasburgo) y entre los vicepresidentes figuraban Giorgio Del Vecchio (Roma), Arthur Goodhart (Oxford), Hans Kelsen (Ginebra, donde se refugió del antisemitismo nazi), y Luis Recaséns Siches (Madrid). La empresa duró pocos años: la invasión de Francia estaba a la vista.
102. «Las normas de los usos sociales. Su diferenciación de las normas jurídicas», *Estudios de Filosofía del Derecho*, Bosch, Barcelona, 1936, págs. 109-131.
103. *Ibidem*, pág. 124.
104. Stammler, R., *Tratado de Filosofía del Derecho*, traducción de la 2.ª ed. alemana por W. Roces, Editorial Reus, Madrid, 1930 (Biblioteca Jurídica de Autores Españoles y Extranjeros) págs. 63 y siguientes.
105. *Estudios*, cit. pág. 130. Recaséns no menciona, en este contexto, a Ortega, que ya había incluido, dentro de una enumeración, los usos en la conferencia de Valladolid de 1934. Esta omisión la suple en el artículo *post-mortem*: «José Ortega y Gasset, la sua metafisica, la sua sociologia e la sua filosofia sociale» *Rivista Internazionale de Filosofia del Diritto*, XXV / 5 (septiembre.octubre 1957) 513-543.

y formula este juicio sobre su maestro: «Nos parece que esta concepción de los usos sociales formulada por Recaséns no difiere en el fondo de la teoría de Stammler…»[106].

Ortega, vemos, no inauguró una sociología, ni inició una «nueva» filosofía del derecho.

## BIBLIOGRAFÍA

Asún Escartín, Raquel, 1981-1982: «La editorial 'La España Moderna'», en *Archivium Revista de la Facultad de Filología* (Málaga), 31-32: 133-200

Bacigalupo Zapater, Enrique, 2016: «Ortega y Gasset sobre Kelsen y el derecho», en *Revista de estudios orteguianos,* 33: 115-131

Blasco, Yolanda, 1999: «Notas sobre la recepción de la parte general de Savigny en España», *Cuadernos del Instituto Antonio de Nebrija,* 2: 11-36

Carreras Artau, Tomás, 1903: «Sobre 'La lucha por el Derecho'», en *Revista Jurídica de Cataluña*, 9: 297-308

De Azcárate, Gumersindo, 1877: *Estudios económicos y sociales*

De La Rasilla y del Moral, Ignacio, 2018: *In the Shadow of Vitoria. A History of International Law in Spain (1770-1953)*, Leiden/Boston: Brill/Nijhoff

Delgado Delgado, José A., 2003: «La obra de Theodor Mommsen en España: la traducción española de la 'Römische Geschichte'», en *Gerión,* 21/2

Elías de Tejada, Francisco, 1965-1966: «Derecho y ley en José Ortega y Gasset», en *Anales de la Cátedra Francisco Suárez*, 5-6: 109-127

Elías de Tejada, Francisco,1966: «El concepto del derecho de José Ortega y Gasset», en *Anuario de Filosofía del Derecho*, 12: 37-52

Elías de Tejada, Francisco, 1967: «Ortega y Gasset ante la filosofía del derecho», en: *Homenaje al Profesor Giménez Fernández*, Universidad Sevilla, vol. I: 373-389

Fabié, Antonio María, 1879: *Estado actual de la ciencia del derecho*, Madrid: Imprenta de la Revista de Legislación

Ganivet, Ángel, 1981: *Idearium español* (1897)*,* Madrid*:* Espasa Calpe (Austral 139)

Gibert, Rafael, 1970: «Jhering en España», en *Jherings Erbe*. *Göttinger Symposion zur 150 Wiederkehr des Geburtstags von Rudolph von Jhering*, Göttingen: Vandenhoeck & Ruprecht: 40-67

Gil Cremades, Juan José, 1969: *El reformismo español. Krausismo, escuela histórica, neotomismo*, Barcelona: Ariel

Gil Cremades, Juan José, 2015: *Discordia Concors (I),* Granada: Comares

Gil Cremades, Juan José, 2016: *Discordia Concors (II),* Granada: Comares

Giner de los Ríos, Francisco, 1871: *Principios elementares del Derecho*

Giner de los Ríos, Francisco, 1876: *Estudios filosóficos y religiosos*

González, Jerónimo, 1935a: «Jurisprudencia de intereses», *Revista Crítica de Derecho Inmobiliario* XI /126: 498-521

106. Legaz, L., *Introducción a la Ciencia del Derecho*, Bosch, Barcelona, 1943. El tema se aborda en págs. 226-241. La referencia a Ortega, aludiendo a la «teoría de los complementos de la vida colectiva», desarrollada, como ya vimos, en *Historia como sistema.* El juicio sobre Recaséns, en pág. 233.

González, Jerónimo, 1935b: «La escuela de Tubinga», en *Revista Crítica de Derecho Inmobiliario* XI /128: 561-575

González Vicén, Felipe, 1991: «Los usos sociales. Un ensayo de sociología descriptiva», en *Anuario de Filosofía del Derecho,* 8:481-493

Heuss, Alfred, 1965: *Theodor Mommsen und das 19. Jahrhundert,* Kiel, Hirt

Hierro S. y Pescador, José, 1965: *El derecho en Ortega,* Madrid: Ediciones de la Revista de Occidente

Jhering, Rudolf von, 1857: «Unsere Aufgabe», en *Jahrbuch des heutigen römischen und deutschen Recht,* 1

Jhering, Rudolf von, 1858: *Geist des römischen Rechts auf den verschiedenen Stufen seiner Entwicklung* (1.ª edición digitalizada en Deutsche Digitale Bibliothek)

Jhering, Rudolf von, 1866: *Geist des römischen Rechts auf den verschiedenen Stufen seiner Entwicklung, Vorwort* IX, Leipzig: Breitkopf und Härtel

Jhering, Rudolf von, 1882: *El combate por el derecho (*trad. Alfonso de Pando y Gómez), Madrid: Establecimiento Tipográfico «La Moderna», XIV-84

Jhering, Rudolf von, 1891*: El espíritu del derecho romano en las distintas fases de su desarrollo*, (versión española con la autorización del autor y notas por Enrique Príncipe y Satorres), Madrid: Librería Editorial de don Carlos Bailly-Baillière, Tomo I, XV-414; Tomo II, 343; Tomo III, 405; Tomo IV, 469

Jhering, Rudolf von, 1892: *Teoría de la posesión. El fundamento de la protección posesoria*, Estudio preliminar por Adolfo Posada, Madrid: Imprenta de la Revista de Legislación, XXVII-228

Jhering, Rudolf von, 1895: *Cuestiones jurídicas. Del interés en los contratos. La posesión: teoría simplificada. Casos jurídicos* (trad. Adolfo Posada), en La España Moderna, Madrid: Biblioteca de Jurisprudencia, Filosofía e Historia

Jhering, Rudolf von, 1896a: *La voluntad en la posesión: con la crica del método jurídico reinante*, (trad. Adolfo Posada), Madrid: Imprenta de la Revista de Legislación (Biblioteca jurídica de autores españoles y extranjeros)

Jhering, Rudolf von, 1896b: *Prehistoria de los indoeuropeos,* estudio preliminar de Adolfo Posada, Madrid: Librería de Victoriano Suárez

Jhering, Rudolf von, 1905: *Der zweck im recht* (Vol. 2), Breitkopf und Härtel.

Jhering, Rudolf von, 1911: *El fin en el derecho (*trad de L. Rodríguez), en B. Rodríguez Serra (ed.), Madrid: Biblioteca de Filosofía y Sociología

Jhering, Rudolf von, 1933: *Jurisprudencia en broma y en serio, (trad.* de la tercera edición alemana por R. Riaza), Madrid: Revista de Derecho Privado

Jhering, Rudolf von, 1961: *El fin en el derecho* (trad. D. Abad de Santillán), México: Cajica

Jhering, Rudolf von, 1985: *La lucha por el derecho* (trad. A. Posada, prólogo de L. Alas), Madrid: Civitas

Jhering, Rudolf von, 1987: *Bromas y veras en la ciencia jurídica*, Madrid: Civitas

Jhering, Rudolf von, 1993: *El derecho en la vida cotidiana* (trad. E. Valiño), Tirant lo Blanch

Jhering, Rudolf von, 2002: *¿Es el derecho una ciencia?* (trad. F. Fernández-Crehuet), Comares

Jhering, Rudolf von, 2008: *Sobre el nacimiento del sentimiento jurídico* (trad. F. Fernández-Crehuet), Trotta

Krause, Karl Christian Friedrich, 1860: *Ideal de la Humanidad para la vida* (con introducción y comentarios por. D. Julián Sanz del Río), Madrid: Imprenta de Manuel Galiano

Krause, Karl Christian Friedrich, 1871: *Ideal de la Humanidad para la vida (*con introducción y comentarios de D. Julián Sanz del Río), Madrid: Imprenta de F. Martínez García

Legaz Lacambra, Luis, 1943: *Introducción a la Ciencia del Derecho*, Barcelona: Bosch

Legaz Lacambra, Luis, 1960: «El derecho internacional en el pensamiento de José Ortega y Gasset», en *Revista de Estudios Políticos* 111: 5-42

Lloredo Alix, Luis, 2014: «La recepción de Rudolf von Jhering en Europa: un estudio histórico-comparado», en *Revista telemática de Filosofía del Derecho* 17: 203-250

López Medel, Jesús, 1960: *Ortega en el pensamiento jurídico contemporáneo*, Secretaría General del Movimiento, Madrid

Losano, Mario y Ermanno Bonazzi, 1978: *Bibliografie di Jhering e Gerber,* Milan*:* Giuffrè Editore: 38 y 39

Martínez-Pinna, Jorge (coord.), 2005: *En el Centenario de Theodor Mommsen (1817-1903). Homenaje desde la Universidad Española,* Málaga/Madrid: Universidad de Málaga/Real Academia de la Historia

Miguel Alonso, Aurora y Martínez Neira, Manuel y González Paz, Andrea, 2018: *Doctores en derecho por la Universidad Central. Catálogo de tesis doctorales 1847-1914*, Madrid: Universidad Carlos III

Mommsen, Theodor, 1876-1877: *Historia de Roma*, 9 vols (trad. de A. García Moreno; pról. de F. Fernándes y González), Madrid, Góngora

Mommsen, Theodor, 1893: «Compendio del derecho público romano» (trad. de P. Dorado Montero), en *La España Moderna*, S.A, Madrid

Mommsen, Theodor, 1945: *El mundo de los Césares* (trad. W. Roces), México: Fondo de Cultura Económica

Monereo, José Luis, 1998: «Jhering, ensayo de explicación: introducción a su pensamiento jurídico», en *El espíritu del derecho romano*, Granada: Comares: XCI-CXIII

Motte, Oliver, 1983: *Savigny et la France*, Berne*:* F. Lang

Navarro Flores, Martín, 1901: «Sobre el concepto del derecho según Jhering», en *RGLJ* 98: 581-590

Neila, Manuel, 2011: «Fernando Vela, la música callada de la traducción», en *Cuadernos Hispanoamericanos* 732: 91-122.

Olivart, Ramón María de Dalmau, 1884: *La posesión. Apuntes y fragmentos de una nueva teoría posesoria,* Barcelona: Imprenta de J. Jepús

Ortega y Gasset, José, 2004-2010: *Obras Completas*, Madrid: Taurus/Fundación José Ortega y Gasset

Pérez de la Dehesa, Rafael, 1996: *Política y sociedad en el primer Unamuno,* Madrid: Ciencia Nueva

Pérez-Luño, Antonio Enrique, 2005: «Hegel y Ortega. Meditación sobre los presupuestos historiográficos de la Filosofía del derecho», en *Meditaciones sobre Ortega y Gasset:* 523-568

Recaséns Siches, Luis, 1936a: «Les usages et leur differentatiom d'avec les normes juridiques», en *Annuaire de l'Institut International de Philosophie du Droit et de Sociologie*, Tomo II, Paris: Sirey

Recaséns Siches, Luis, 1936b: *Estudios de Filosofía del Derecho,* Barcelona: Bosch

Recaséns Siches, Luis, 1957: «José Ortega y Gasset, la sua metafisica, la sua sociologia e la sua filosofia sociale», en *Rivista Internazionale de Filosofia del Diritto*, XXV / 5: 513-543

*Revista General de Legislación y Jurisprudencia* (*RGLJ*); 1853, 2:128; 1854, 3: V; 1878, 52:126

Rivera Pastor, Francisco, 1918: *Lógica de la libertad,* Madrid: F. Beltrán

Robles, Gregorio, 2005: «La filosofía jurídica de Ortega: el derecho como uso social y la justicia como valor», en Llano, F. H.; Castro, A (eds.), *Meditaciones sobre Ortega y Gasset*, Madrid: Tébar: 569-592

Rodríguez de Cepeda, Rafael, 1893: *Exposición y juicio crítico de algunas teorías modernas del derecho*, Valencia: Imprenta de Nicasio Ríus Monfort

Romero Recio, Mirella, 2005: «Traducciones y ediciones de la obra de Mommsen en España (1876-1905)», Universidad de Málaga

Ruiz Ballón, Antonio, 2013: *Pedro Gómez de la Serna (1806-1871). Apuntes para una biografía jurídica,* Madrid*:* Universidad Carlos III

Savigny, Friedrich Carl von, 1845: *Tratado de la posesión según los principios de Derecho romano, Madrid:* Imprenta de la Sociedad Literaria y Tipográfica

Savigny, Friedrich Carl von, 1878-1879: *Sistema del derecho romano actual*, (trad. por Ch. Guénoux), vertido al castellano por J. Mesía y M. Poley, y prólogo de M. Durán y Bas, 5 vols, Madrid: F. Góngora y Cía editores (Biblioteca Universal. Sección Jurídica)

Savigny, Friedrich Carl von, 1896: *De la vocación de nuestro siglo para la legislación y para la ciencia del derecho* (prólogo A. Posada). *en* La España Moderna, Madrid (Biblioteca de jurisprudencia, filosofía e historia)

Serrano Migallón, Fernando, 2003: *Los maestros del exilio español en la Facultad de derecho*, México D.F: Porrúa/ Facultad de Derecho de la UNAM

Stammler, Rudolf, 1930: *Tratado de Filosofía del Derecho*, (trad. de la 2.ª ed. alemana por W. Roces), Madrid: Editorial Reus (Biblioteca Jurídica de Autores Españoles y Extranjeros)

Torres Campos, Manuel, 1876: *Catálogo sistemático de las obras existentes en la Biblioteca de la Academia de Jurisprudencia y Legislación,* Madrid*:* Imprenta del Ministerio de Gracia y Justicia

Torres Campos, Manuel, 1883: *Bibliografía española contemporánea del Derecho y de la Política Tomo I 1800-1880,* Madrid: Fernando Fe

Torres Campos, Manuel, 1897: *Bibliografía española contemporánea del Derecho y de la Política*

Urbano Guerrero, José, 1906: *El sistema jurídico de Jhering* (tesis doctoral)

Weber, Max, 1964: *Economía y sociedad,* México: Fondo de Cultura Económica

Whitman, James Q., 1870: «Jhering parmi les Français, 1870-1918, en *La science juridique française et la science juridique allemande de 1870 à 1918*

Whitman, James Q., 1990: *The Legacy of Roman Law in the German Romantic Era,* Princeton: Princeton University Press

Wolf, Eric, 1963: *Grosse Rechtsdenker in der deutschen Geistesgeschichte*, Mohr

Yeves Andrés, Juan Antonio, 2002: *La España Moderna. Catálogo editorial. Índices de la Revista,* Madrid: Libris

Doxa. Cuadernos de Filosofía del Derecho, (2020), *43*
e-ISSN: 2386-4702 | ISSN: 0214-8676

# Lecciones del nazismo jurídico para la filosofía de derecho: Radbruch y el positivismo jurídico*

# Lessons from Legal Nazism for Legal Philosophy: Radbruch and Legal Positivism

Antonio Manuel Peña Freire

**Autor:**
Antonio Manuel Peña Freire
Universidad de Granada, España
apena@ugr.es
https://orcid.org/0000-0001-9432-6690

**Recibido:** 9-5-2019
**Aceptado:** 23-11-2019

**Citar como:**
Peña Freire, Antonio Manuel, (2020). Lecciones del nazismo jurídico para la filosofía de derecho: Radbruch y el positivismo jurídico. Doxa. Cuadernos de Filosofía del Derecho, *43*, pp. 59-81. https://doi.org/10.14198/DOXA2020.43.03

**Licencia:**
Este trabajo se publica bajo una Licencia Creative Commons Atribución 4.0 Internacional.

© Antonio Manuel Peña Freire

**Resumen**

Numerosos estudios sobre la experiencia jurídica, política e institucional nacionalsocialista alemana ofrecen una imagen del llamado «derecho nazi» muy distinta de la que Radbruch presupuso cuando acusó al iuspositivismo de haber propiciado el nazismo y el derecho nazi. En este trabajo, se repasan los rasgos básicos de ese singular orden, caracterizado por el desorden institucional, la confusión entre derecho y voluntad del Führer, moral racial o ideología nacionalsocialista, la extrema vaguedad de algunos de sus conceptos jurídicos clave, la confusión de las fuentes del derecho, el incremento de la discrecionalidad de autoridades y jueces, etcétera. Después se comprueba hasta qué punto ese modelo de derecho es compatible con el de cada una de las distintas variantes del iuspositivismo. Se concluye señalando que las afirmaciones de Radbruch a propósito de la relación entre iuspositivismo y derecho nazi fueron erróneas y que el peso que han tenido estos planteamientos en la reflexión iusfilosófica posterior podría no estar justificado.

**Palabras clave:** nacionalsocialismo alemán; derecho nazi; positivismo jurídico; Radbruch.

**Abstract**

Many studies on the German National Socialist legal, political and institutional experience offer an image of the labelled «Nazi law» very different from the one Radbruch assumed when he blamed legal positivism for having propitiated Nazism and Nazi Law. In this paper, the basic features of this singular order –characterized by institutional

* Una versión preliminar de las ideas que componen este texto fue presentada en el Grupo de Investigación en Filosofía del Derecho de la Universidad Pompeu Fabra de Barcelona y en el Seminario de Filosofía del Derecho de la Universidad de Alicante. Agradezco a los promotores de esas reuniones su invitación y a los participantes sus aportaciones y críticas.

disorder, confusion between Nazi law and the will of the Führer, racial ethics or National Socialist ideology, the extreme vagueness of some of its key legal concepts, the confusion of the sources of law, in increasing of authorities and judges' discretion, etc.– are review. Then it is verified to what extent that model of law is compatible with that of each one of the different variants of legal positivism. We conclude by pointing out that Radbruch's statements regarding the relationship between legal positivism and Nazi law were erroneous and that the weight that these theses have had in the subsequent legal philosophical reflection might not be justified.

**Keywords:** German National Socialism; Nazi law; Legal Positivism; Radbruch.

## 1. INTRODUCCIÓN

Estoy convencido del enorme interés del nazismo jurídico y del llamado «derecho nazi» para la reflexión iusfilosófica. Por esa razón, en este artículo me referiré a algunas de las lecciones que la filosofía del derecho puede obtener, aún hoy, de esa experiencia. Con la expresión «nazismo jurídico» me refiero al derecho y la práctica judicial y político-institucional nacionalsocialistas, incluyendo también las aportaciones y estudios de los juristas alemanes vinculados al nazismo. Por derecho nazi entiendo la parte normativa de esa práctica, parcialmente superpuesta y difícilmente segregable de ella, es decir, la relativa a estándares y normas de comportamiento proferidos o respaldados por las autoridades nazis[1].

Es de sobra conocido que el nazismo jurídico y el derecho nazi han estado presentes en algunas de las discusiones iusfilosóficas más relevantes de las últimas décadas: así, por ejemplo, una parte importante de las polémicas de los iusnaturalistas con los iuspositivistas y de estos con sus críticos se han dilucidado precisamente a propósito de cuestiones relacionadas con el derecho y el régimen nazis.

Sin embargo, pese a la posición central que la *cuestión nazi* ha ocupado en los debates iusfilosóficos, el nazismo jurídico y, de modo especial, el derecho nazi podrían estar aún pendientes de un análisis adecuado. Para ilustrarlo, bien valen las afirmaciones de Bernd Rüthers, quien considera que aunque contamos con abundantes materiales empíricos poco usados provenientes de la reciente historia del derecho alemán aprovechables por la teoría del derecho y por la práctica judicial, lo cierto es que «el material disponible no ha sido hasta la fecha suficientemente analizado ni tratado con vistas a mantener la conciencia metodológica y la capacidad de análisis autocrítico de los juristas» (Rüthers, 1988, pp. 194, 225). Si una parte significativa de la reflexión iusfilosófica de los últimos setenta años se ha construido en relación al nazismo jurídico y si esa experiencia yace ante nosotros aún inexplorada y a la espera un análisis adecuado, hay buenas razones para pensar que algunas conclusiones iusfilosóficas relevantes podrían

1. Sin embargo, como se verá al momento de analizar el modo en que operó el régimen nazi y se manifestó el nazismo jurídico, no está claro que existiera un derecho nazi en sentido estricto, si por derecho entendemos un sistema normativo ordenado, sistematizado con un elevado grado de diferenciación o autonomía respecto de otros sistemas normativos.

estar en un estado de interinidad teórica y no habría que descartar la necesidad de revisarlas si los presupuestos sobre los que se formularon no fueron correctos.

Para ilustrar todo lo anterior, en lo que sigue me detendré en un episodio iusfilosófico acaecido al poco del fin de la Segunda Guerra Mundial y que ha tenido un gran impacto en el modo en que se ha desarrollado la labor iusfilosófica de las últimas décadas: las afirmaciones de Gustav Radbruch sobre la responsabilidad del iuspositivismo en los crímenes y atrocidades de los nazis[2].

## 2. RADBRUCH, LOS NAZIS Y SUS SECUACES IUSPOSITIVISTAS

La trayectoria vital y teórica de Radbruch es conocida: al término de la Segunda Guerra Mundial y tras haber padecido los rigores del régimen nacionalsocialista, Radbruch revisó algunos de sus planteamientos a propósito de la relación entre derecho y justicia[3]. Señaló al iuspositivismo como el responsable de haber propiciado el nazismo o, al menos, de no haber permitido una reacción de la comunidad jurídica frente a la injusticia legal de los nazis. El nacionalsocialismo, afirmó Radbruch (1946, p. 21), «supo maniatar a sus secuaces, por una parte soldados, por la otra juristas, por medio de dos principios "órdenes son órdenes" y "la ley es la ley" […] El principio "la ley es la ley" […] era la expresión del pensamiento jurídico positivista que durante muchos decenios predominó casi sin oposición entre los juristas alemanes». El iuspositivismo, a juicio de Radbruch, habría «desarmado de hecho a los juristas alemanes frente a las leyes de contenido arbitrario y delictivo»[4] (p. 35). Por esa razón, «por doquier se entabla la lucha contra el positivismo desde el punto de vista de la "arbitrariedad legal y el derecho supralegal"» (p. 34). Dice Radbruch (p. 41) que «tenemos que armarnos contra el retorno de la arbitrariedad por medio de la superación "fundamental" del positivismo,

2. En estas tesis de Radbruch puede encontrarse el acto inaugural del resurgimiento del pensamiento iusnaturalista, que recuperó parte de su prestigio tras la Guerra Mundial. Además de Radbruch y su derecho suprelegal, ilustran este renacimiento Coing (1961, pp. 175 y ss.) y sus principios supremos de derecho, Henkel (1964) con sus *topoi* o criterios preestablecidos del derecho correcto y Welzel (1962) con sus notables intentos por conectar legalidad y moralidad, entendida como la percepción de la trascendencia en la inmanencia. Al respecto, Kaufmann (2000, pp. 233 y ss.) o Horn (2002, pp. 84 y ss.).
3. No obstante, Paulson (1995, pp. 489 y ss.) señala que algunas de esas tesis ya habían sido objeto de revisión con anterioridad: elementos que estaban latentes en la preguerra ocuparon después una posición central. Así ocurre con la idea de justicia, en una posición subordinada en los primeros escritos de Radbruch, que pasó a ocupar un primer plano en su concepción final del derecho (Paulson, 1994, p. 320).
4. En idéntico sentido, Rommen (1959, pp. 1, 3) quien considera al iuspositivismo y a su tesis *la ley es la ley* responsables de la indefensión de los jueces y juristas ante las leyes de contenido criminal y arbitrario y de la expansión de una definición de la ley como expresión irrestricta e incondicionada del legislador soberano. También Welzel (1962, p. 230), para quien «el formalismo e historicismo […] se habían mostrado incapaces de impedir o superar la reducción del Derecho al poder, que era la consecuencia necesaria del positivismo y de la teoría de las ideologías», que habría «destruido la razón […] haciendo de ella un entendimiento técnico e instrumental. Para el Derecho, ello significa su entrega total al poder establecido. Derecho es lo que está determinado por la autoridad competente; el poder soberano puede imponer todo contenido jurídico, incluso el absolutamente inmoral» (p. 259).

que enervó toda capacidad de defensa contra el abuso de la legislación nacionalsocialista». Su propia aportación a ese combate filosófico fue su conocida fórmula, según la cual «el conflicto entre la justicia y la seguridad podría solucionarse bien en el sentido de que el derecho positivo estatuido y asegurado por el poder tiene preeminencia aun cuando por su contenido sea injusto o inconveniente, bien en el de que el conflicto de la ley positiva con la justicia alcance una medida tan insoportable que la ley, como derecho injusto, deba ceder su lugar a la justicia». De ese modo, «donde ni siquiera una vez se pretende alcanzar la justicia, donde la igualdad que constituye la médula de la justicia, es negada claramente por el derecho positivo, allí la ley no solamente es derecho injusto sino que carece más bien de toda naturaleza jurídica» (p. 37).

No pasaron desapercibidas la falta de sintonía entre la experiencia vital de los iuspositivistas en la Alemania nazi y su supuesta complicidad con el nazismo[5], ni tampoco la manifiesta complicidad de nazis y críticos del iuspositivismo[6]. Relevantes juristas alemanes, vinculados más o menos estrechamente al régimen nazi, habían rechazado el iuspositivismo por considerarlo una excrecencia del liberalismo y porque no lo consideraban apropiado al nuevo orden nacional-socialista[7]. Además de Carl Schmitt –sin duda, el ejemplo más conocido–, otros, como Larenz, Maunz, Forsthoff, Koellreutter o Nicolai, también habían abogado por la necesidad de una nueva concepción del derecho apropiada a la época histórica en la que el derecho y el Estado habían entrado con el nacionalsocialismo[8]. Nada de eso casaba con el supuesto acomodo teórico entre iuspositivismo y nazismo.

Hoy en día, se admite la idea de que la incompatibilidad entre el iuspositivismo y el nazismo jurídico va más allá del dato de las afinidades ideológicas de iuspositivistas y críticos[9], porque ni el derecho nazi ni la práctica de jueces y juristas nazis fueron como

5. Valga como ejemplo la trayectoria vital de Hans Kelsen. Al respecto, Metall (1969), Robles (2014) o De Miguel y Tajadura (2019, pp. 21-46).
6. Expresivamente, García Amado (1991, pp. 346-350 y 2016, p. 16) se refiere a acusaciones como las de Radbruch como una «miserable cantinela» que ocultaba la responsabilidad de muchos cómplices de los victimarios y, más o menos sutilmente, culpaba a algunas de sus víctimas de los males padecidos. En efecto, cierta lectura de Radbruch tenía efectos exculpatorios para los victimarios: según la tesis de la exoneración, los cargos públicos y jueces vinculados al nazismo no serían responsables de las atrocidades que cometieron al aplicar las leyes injustas de los nazis, porque su formación iuspositivista les impedía reaccionar frente a lo establecido o concebir que sus responsabilidades profesionales iban más allá de la aplicación estricta de las leyes (Paulson, 1994, p. 314).
7. Las referencias las tomo de Garzón Valdés (1985, pp. 5-14) e Hirvonen (2010, p. 120).
8. A la filosofía del derecho se la ha acusado de ser la «ramera» del régimen nazi por haber encubierto la opresión, la degradación e incluso el asesinato en masa y porque abundaron entre los filósofos del derecho contorsionistas que plegaron sus ideas al orden político del momento a fin de conferirle respetabilidad filosófica (Tammelo, 1977, pp. 173-155, citado por Kaufmann, 1988, p. 1649, García Amado, 1991, p. 342 o Garzón Valdés, 1985, p. 14, quien refiere que el número de filósofos del derecho que *causaron baja* en sus puestos durante el nazismo –bajo en comparación con los de otros académicos y científicos– abona la acusación). Sin embargo, la acusación se ha extendido a otras áreas del derecho: Stolleis (1994, p. 99) advierte, por ejemplo, que no es posible encontrar constitucionalistas o administrativistas entre quienes se opusieron al nazismo y aventura que la proximidad de los juristas al poder les lleva a difuminar los límites entre el bien y el mal.
9. En ese sentido, por ejemplo, Paulson (1994, pp. 314-315).

Radbruch presupuso al momento de formular sus tesis. El adecuado procesamiento de los materiales jurídicos disponibles de la época nazi nos trasmite una imagen del derecho que apenas guarda relación con la que Radbruch consideró como característicamente iuspositivista. Para comprobarlo, veamos, en primer lugar, cómo fue el derecho nazi y, en segundo lugar, si puede ser considerado como la expresión paradigmática de algún modelo de derecho iuspositivista o de las tesis que definen al positivismo jurídico.

## 3. EL DERECHO NAZI DESVELADO

No parece descabellado presuponer que el *derecho nazi* fue exhaustivo, riguroso, exigente y opresivo o que fue gestionado por un poder fuertemente jerarquizado y minuciosamente organizado, porque esto es lo que parece corresponder a un régimen autoritario. Sin embargo, ni el gobierno ni el derecho de los nazis tuvieron esos rasgos.

Tempranamente, Neumann (1944) cuestionó que el régimen nazi fuese un auténtico Estado. Lo describió como un entramado amorfo e inestable, compuesto por elementos diversos –partido[10], administración, ejército, corporaciones industriales–, cuyas competencias respectivas no estaban establecidas de antemano por ninguna regla formal de competencia. Los conflictos planteados entre los componentes de esa amalgama solían resolverse en función del carácter personal, conexiones o prestigio de los implicados[11] y proliferaron plenipotenciarios, delegados y departamentos especiales en un marco de confusión y luchas internas ajeno a las formalidades administrativas. Esa caótica estructura organizativa e institucional –efecto de la debilidad del nazismo como teoría social y política[12] (Neumann, 1944, pp. 331-335)– está alejada de la que es característica de un Estado. De ahí la conclusión de Neumann: el sistema de dominación nazi no fue un Estado, pues no existió una maquinaria coactiva unificada, ni una estructura racional de dominación –burocracia, partido, ejército y poder económico actuarían en diversas áreas como soberanos, de acuerdo a principios propios y conforme a la lógica

10. Sobre la confusión Estado-partido, es muy relevante el análisis de Fraenkel (1941, pp. 6 y ss.).

11. «Darwinismo institucional» es, expresivamente, la denominación que Hayes (2009, p. XII de la Introducción al libro de Neumann) reserva para este modelo, en el que ganaba quien estaba en condiciones de imponer su voluntad a la de los rivales.

12. Tampoco fue el nazismo una doctrina política rigurosa: Stolleis (1994, p. 98) ha señalado que no existió una teoría política o constitucional nazi estable ni mucho menos merecedora de la consideración de sistema y ha referido también el escaso interés de Hitler por la dimensión jurídica de su proyecto (Stolleis, 2014, pp. 123, 127). Más allá de mucha retórica racista y nacionalista y soflamas propagandísticas, lo cierto es que no existió una filosofía del derecho nacionalsocialista sistemática, ni una teoría o metodología jurídicas y sí «varias y diferentes doctrinas que competían por la "renovación jurídica popular"» (Rüther, 1988, p. 52). La teoría de la sociedad y la teoría política del nacionalsocialismo, afirma Neumann (1944, pp. 331-335), tampoco tuvieron ninguna relación apreciable con las filosofías o éticas acreditadas en el momento (hegelianismo, conservadurismo, relativismo, positivismo, etcétera) y carecieron de una estructura congruente de valores o principios. Los valores y conceptos sobre los que construyeron su discurso (raza, sangre, pueblo, comunidad, etcétera) no fueron sino artificios o instrumentos –*arcana dominationis*– utilizados de manera fungible e interesada para manipular a las masas y mantener, conseguir o acrecentar el poder.

del liderazgo, sin ningún poder institucional unificador o racionalizador de su actuación o sus conflictos–, ni ningún control del derecho, pese a la existencia formal de normas y regulaciones técnicas. El nazismo fue una forma de dominación no mediada por la estructura formal-racional a la que normalmente conocemos con el nombre de Estado.

En un sentido similar, Fraenkel (1941, pp. 1 y 9 y ss.) atribuyó naturaleza dual al Estado nazi alemán. La *constitución* de este peculiar Estado –Decreto del Incendio del Reichstaat de 28 de febrero de 1933 y Ley Habilitante de 24 de marzo de 1933 (Ermächtigungsgesetz)– sustrajo a las autoridades de la jurisdicción del derecho general. De ese modo, la esfera política quedó configurada como un vacío jurídico, en el que no había reglas que gobernasen la actividad de los gobernantes, pese a que pervivieron algunos elementos de orden y predictibilidad puramente fácticos. Los gobernantes, operando fundamentalmente a través de medidas arbitrarias (Massnahmen) a través de los que ejercían su discrecionalidad, perfilaron un auténtico Estado-prerrogativa (Massnahmenstaat), especialmente relevante en la esfera pública. Junto a él, existió un Estado-normativo, válido en aquellas cuestiones en las que las autoridades políticas decidían no ejercer su poder de prerrogativa, para las que regía el derecho legislado tradicional o el promulgado recientemente (Fraenkel, 1941, p. 57). Hay que destacar, en cualquier caso, el carácter subsidiario del Estado-normativo respecto del Estado-prerrogativa, lo que significa que el sistema jurídico en su totalidad devino un instrumento de las autoridades, pues si estas reclamaban decidir sobre algún asunto, el derecho quedaba *ipso facto* suspendido[13].

Refiriéndose específicamente al nazismo jurídico y, en particular, al derecho nazi, Stolleis (2007, p. 222) lo caracteriza como un derecho étnico-natural, fruto, por lo general, de la interpretación judicial de las leyes –en muchos casos provenientes de Weimar y el Imperio– en un sentido afín a los postulados nacionalsocialistas, según máximas interpretativas como «la voluntad del Führer», «las necesidades del Volk», «el bienestar común», «los sanos sentimientos del pueblo», «la concepción nacionalsocialista del Estado» y otras similares. Conceptos como raza, pureza, cultura, pueblo, comunidad popular o carisma, durante el nazismo, pasaron a ser conceptos jurídicos clave y su validez fue afirmada como necesaria, independientemente de que hubiesen sido formalmente promulgados (Hirvonen, 2010, p. 128). En esta misma línea, Rüthers (1988) señala que el nazismo era poco amigo de lo jurídico[14], tanto por su biologismo racista como por su preferencia por la lucha y el dominio, definidos en función de la

13. La jurisdicción del Estado-prerrogativa no estaba predefinida. Tampoco lo estuvo el alcance de su capacidad para decidir sus propios límites, que son los del Estado normativo, con lo que la prerrogativa era potencialmente omnipotente (Fraenkel, 1941, p. 71). Los mismísimos derechos fundamentales de la Constitución de Weimar quedaron afectados por la ley marcial. Fraenkel (1941, p. 15) se refiere, por ejemplo, al caso del art. 137 que reconoce la libertad religiosa y que, según afirmación de los jueces en la época, era modificable por resolución administrativa o decisión del ejecutivo.

14. Meierhenrich (2018, pp. 98-111) identifica tres factores definitorios e inspiradores del pensamiento jurídico-político nacionalsocialista: el antiliberalismo, el antiformalismo y el antisemitismo. Los tres, por cierto, apuntalan el rechazo del nacionalsocialismo a instituciones como el Estado de derecho o a los principios de legalidad, considerados vacuos, individualistas y condenados por su supuesta asociación con el judaísmo.

idea de enemigo: los nazis identificaban derecho y poder e hicieron de la excepción la regla de gobierno. Su gobierno presuponía junto al derecho escrito o incluso sobre él, la existencia de una idea rectora prepositiva, suprapositiva, anterior a toda ley estatal y jerárquicamente superior a ella. Esa idea del derecho encarna la finalidad del derecho mismo y es el ideal jurídico que ha de inspirar cualquier formulación a propósito del sentido de la justicia. La ideología, el sentir popular y moral no eran vistos como expresiones normativas distintas de las típicamente jurídicas. El sistema jurídico no era concebido como un orden de normas autónomo o diferenciado, sino como una parte del espíritu alemán, del que también emanaba el ideario nacionalsocialista. Es más, en caso de conflicto entre ley formal y el ideario nacionalsocialista debía darse preferencia a este último[15]. En consecuencia, el eslogan *la ley es la ley*, señalado acusadoramente por Radbruch, pudo haber sido una idea de cierto peso entre los jueces y juristas alemanes durante el nazismo, pero esa *ley* hay que entenderla en el marco de una idea de derecho singular (Rechtsidee), referida no a un conglomerado de leyes formalmente promulgadas, sino a un *derecho* en un sentido muy amplio, cuyo fundamento último es el orden inmanente del Pueblo (Volk) alemán, expresado por el Führer en tanto que líder carismático del propio Pueblo y del movimiento que aspira a preservar su pureza racial, a garantizar su supremacía y realizar el ideal de la comunidad étnica (Volksgemeinschaft).

El papel del Führer en la identificación del derecho de la comunidad nacional alemana es clave. Hay que tener en cuenta al respecto que la distinción entre individuo y Estado, entre interés general y derechos individuales o entre sociedad civil y política fueron abolidas en la Alemania nazi. En su lugar, se preconizó la existencia de una identificación mística entre la voluntad del Führer y el espíritu de la comunidad racial: el Führer no fue visto como un dictador, pues sus órdenes no eran expresión personal de un individuo, sino de la encarnación mística del espíritu del pueblo[16]. El Führer estaba indisolublemente vinculado a sus seguidores y en comunión con ellos (Roetter, 1945, pp. 522-524).

En ese contexto, el deterioro de la forma del derecho era inevitable. Meierhenrich (2018, p. 122 y ss.) relata cómo el número de leyes formales decreció de manera significativa al tiempo que aumentaron los decretos del Führer (Führererlasse): muchos de estos decretos eran secretos, una práctica esta defendida por Theodor Maunz o Johannes Heckel por la necesidad de proteger la seguridad de los intereses del Estado, al tiempo

15. Así, en una decisión judicial del Tribunal Supremo Administrativo de Prusia de 27 de mayo de 1936 se concluyó afirmando que el derecho de todo funcionario a acceder a su expediente personal, reconocido formalmente por la ley, no tenía validez, porque era contrario al modelo de relación nacionalsocialista entre los funcionarios y el Estado, de donde se sigue que la ideología nazi prevalece sobre la literalidad de las leyes (Fraenkel, 1941, p. 16).

16. Al respecto, también, Larenz (1935), citado por Fraenkel (1941, p. 124). Sobre las relaciones entre valores de la comunidad étnico-nacional y la voluntad del Führer, Fraenkel (1941, p. 113), que parece optar por un modelo voluntarista de ejercicio del poder, pues aunque el Führer estaba formalmente constreñido por unos valores populares antecedentes, sin embargo, estos quedaban a la absoluta disposición de su liderazgo carismático. Sobre la condición de fuente suprema del derecho de la voluntad del Führer, también Rüthers (1988, pp. 59-61).

que otros, como Ulrich Scheuner, expresaron su indiferencia hacia la jerarquía de fuentes y su preferencia por un *derecho* en el que todas las normas, validada materialmente su sustancia, tuviesen el mismo valor[17].

Los cambios en la concepción del orden jurídico se manifestaron de un modo especial en el caso del derecho penal. Según Roetter (1945, pp. 529-535): su función y alcance se vieron sujetos a cambios importantes para garantizar el gobierno de las masas de Hitler. Se introdujo un nuevo delito: el traidor al pueblo, es decir, quien se oponía a la ideología nazi y a Hitler. También se borraron los límites entre derecho y política, algo que aplaudieron diversos académicos nazis. Pese a la pretensión inicial de que se aboliese todo el sistema de derecho penal alemán y se sustituyese por uno nuevo exclusivamente basado en la noción de traición al Führer, lo cierto es que las modificaciones fueron puntuales, pero de calado: las tentativas pasaron a castigarse como los delitos consumados, lo que permitió castigar delitos puramente imaginarios cuando convenía a los intereses de los nazis; se derogó la prohibición de la analogía penal y se favoreció la interpretación extensiva *in malam partem*, con lo que cualquier acción que se considerara contraria a los «sanos sentimientos populares» (gesundes Volksempfinden) podía ser punida; se sustituyeron los principios *nulla poena sine lege* y *nullum crimen sine lege* por el *nullum crimen sine poena* y se introdujeron nociones como malicia, bajeza, actitud dañina, etcétera para justificar la punición en los casos que interesase.

En el terreno administrativo, es llamativo que los juristas nazis se interesaran más por la administración que por el derecho administrativo (Stolleis, 2014, pp. 123, 127). Consecuentemente, la reflexión sobre el asunto distó mucho de las anteriores elaboraciones sobre el derecho administrativo como método para asegurar la actuación reglada y el control de la administración. En su lugar, la administración pasa a ser concebida como la actividad orientada a la consecución de los objetivos comunitarios de la totalidad de la nación. Esta actividad reclama una participación activa de los ciudadanos, si bien el estatuto jurídico de estos se compone fundamentalmente de deberes –no derechos–, convenientemente perfilados por los líderes con capacidad para singularizar las exigencias del bien común, ya que la ideología nazi no toleraba dualismos del tipo sociedad/Estado o individuo/comunidad (Stolleis, 1994, pp. 105-106). Es comprensible que los cambios en el derecho administrativo fueran drásticos: en 1936, por ejemplo, una ley declaró que las órdenes de la Gestapo no estaban sujetas a control judicial ni revisión administrativa y si tenemos en cuenta que entre las órdenes que podían emitir los miembros de la Gestapo estaban el internamiento indefinido en

17. Valga como ejemplo el caso de la disolución de los Testigos de Jehovah, validada por un Tribunal de Dresde, pese a que la libertad de culto, aparentemente, era un derecho no cancelable en situaciones de emergencia, según la Constitución de Weimar. El Tribunal, sin embargo, estimó que el Decreto de 28 de febrero de 1933 y el artículo 48 de la Constitución de Weimar permitían la suspensión de la libertad de culto por motivos de orden público y señaló que «la Constitución es modificable por decretos administrativos y medidas similares». Al respecto, Fraenkel (1941, p. 15).

campos de detención, es fácil concluir que esa habilitación pronto se convirtió en un arma política clave (Roetter, 1945, p. 535).

Por último, respecto de los jueces, las transformaciones acaecidas fueron tales que es muy cuestionable que lo resultante merezca la consideración de juez. La mejor ilustración de esta descripción es el modelo de juez de Schmitt (1936, citado por Meierhenrich, 2018, p. 125): Schmitt es partidario de un juez activista y politizado al servicio de la voluntad y el plan del Führer. Sugiere dotar a los jueces con amplios poderes de decisión y liberarlos de la vinculación a la literalidad de la ley o a formalidades procedimentales. Los jueces, concebidos como colaboradores del Führer, anticipaban su voluntad y estaban llamados a decidir como lo habría hecho el mismo Hitler o según los dictados del nazismo en su conciencia. Lejos de ser concebidos como decisores imparciales sometidos solo a la ley, eran agentes activos concernidos y guardianes del derecho racial. Schmitt, que era contrario a la codificación y las reglamentaciones legislativas, prefería confiar en jueces comprometidos, con capacidad para decidir según principios guía y para crear derecho. Se mostró partidario solo de modificaciones legislativas puntales y pensó que así se evitaría que la fuerza ideológica del nuevo Estado se disolviese en miles de textos legales sometidos a interpretación según un marco dogmático tradicional. Esta concepción se tradujo en expresivos cambios como los introducidos, por ejemplo, en el juramento del cargo de juez que pasó a ser una declaración de sometimiento al Führer y no exclusivamente al derecho (Roetter, 1945, p. 535). También los nombramientos judiciales pasaron a ser controlados por los nazis, quienes pudieron, formalmente en 1942, separar discrecionalmente a cualquier juez de su puesto. Los nazis, además, podían privar a los miembros del poder judicial de su competencia cuando les interesaba, transfiriendo casos de los tribunales ordinarios a tribunales especiales o administrativos y autorizando legislativamente confiscaciones, lo que evitaba acudir a los tribunales civiles e impedía litigios sobre estas cuestiones (Roetter, 1945, pp. 541-542). Finalmente, en agosto de 1942, Hitler autorizó al Ministro de Justicia Thierack a romper con el derecho vigente si era necesario para construir una justicia nacionalsocialista, lo que culminó el desmoronamiento y deterioro de la administración de justicia. En una carta dirigida a los jueces, les exhortaba a tomar cualquier medida, estuviera o no respaldada normativamente, y se comprometía a facilitar ex post la ley que la justificase. La conclusión es evidente: el modelo de *juez* nacionalsocialista, en especial, el de los que validaron la discriminación y las persecuciones legales[18], está muy alejado de cualquier modelo genuino de juez. Los *jueces* nazis, como los juristas en general, no fueron formalistas, ni legalistas, ni iuspositivistas, sino idealistas radicalizados que emplearon el derecho para implementar una moral perversa que ellos consideraban correcta[19].

18. Matizadamente en contra de este planteamiento, Serrano (1989, pp. 991 y ss.).

19. Que en la postguerra, defendiéndose ante los tribunales que les juzgaban, algunos de ellos señalaran que aplicaban la ley o que cumplían órdenes puede explicarse como estrategia de defensa, pero, pendiente una verificación empírica personalizada, eso no convertiría su militancia ideológica y activismo judicial en una aplicación neutral de las leyes, ni explicaría por qué llegaron mucho más allá de lo que estas exigían o por

## 4. DERECHO NAZI Y POSITIVISMO JURÍDICO

A la luz de todo lo anterior, es más que plausible afirmar que el nazismo jurídico y el llamado «derecho nazi» guardan poca relación con las tesis del positivismo jurídico en cualquiera de sus variantes. No obstante, antes de empezar a desgranar esta afirmación, son precisas algunas consideraciones relativas al significado de eso a lo que llamamos «positivismo jurídico». Y es que, pese a la relevancia de los planteamientos iuspositivistas en los debates iusfilosóficos, no existe un acuerdo amplio a propósito de las tesis que definen a esta teoría. Es notoria la complejidad propia de su objeto: el derecho, en general, y sus relaciones con la moral, en particular. De otro lado, el iuspositivismo no se define a partir de unos axiomas básicos formulados en algún momento fundacional y luego desarrollados según procedimientos lógicos rigurosos. Eso a lo que llamamos «iuspositivismo» es más bien el resultado de una extensa y compleja labor filosófica que se ha desarrollado sin un hilo rector definido y que ha dado lugar a una serie de planteamientos diversos que se han ido yuxtaponiendo, superponiendo o sustituyendo, sin llegar a definir nada con contornos regulares[20] o exactamente simétricos a los del iusnaturalismo, su *alter ego* teórico[21]. Más que de *un* iuspositivismo, por tanto, es preciso hablar de diversas variantes de positivismo jurídico y es con cada una de ellas con las que hay que contrastar la experiencia nacionalsocialista para comprobar si el derecho nazi es, en algún sentido, expresión del concepto o modelo de derecho de aquellos que son considerados comúnmente como iuspositivistas, sea cual sea la variante del iuspositivismo a la que estén adscritos.

### 4.1. Derecho nazi y positivismo jurídico legalista

Está claro que el llamado «derecho nazi» no es un caso del tipo de ordenamiento jurídico que imaginaron los iuspositivistas legalistas o formalistas[22]. La extravagancia del sistema de fuentes del llamado «derecho nazi» está en las antípodas de lo que resulta de la identificación del derecho con el derecho legislado característica del legalismo. La imagen deforme o irregular del derecho nazi no se corresponde con la del ordenamiento unitario, legalizado, jerarquizado, coherente e íntegro que *describieron* los

qué ignoraron la legalidad formal y miraron para otro lado cuando convenía. En un sentido similar, Paulson (1994, p. 323 o 1995, pp. 132 y ss.).

20. No obstante, un estudio sobre los postulados metateóricos y metodológicos básicos del positivismo jurídico, el de Jiménez Cano (2008).
21. No hay que olvidar tampoco que estamos ante una teoría que ha sido objeto de importantes distorsiones. Expresivamente, señala Gardner (2001, p. 202) que pocas teorías han sido tan distorsionadas por sus oponentes teóricos como el iuspositivismo, con la excepción –advierte el propio autor– del iusnaturalismo.
22. Al respecto de esta variante del iuspositivismo, las referencias de Hoerster (1992, p. 13) o Bobbio (1965, pp. 107-109).

formalistas y el modelo de juez nazi, activista y comprometido, está muy alejado del juez típicamente formalista[23].

### 4.2. Derecho nazi y positivismo jurídico ético o normativo

También es evidente que el derecho nazi no sería del gusto del iuspositivismo normativo o ético de autores como MacCormick (1992, pp. 105 y ss.), Campbell (1996, 2004) o Waldron (2001, p. 410). La razón, más allá de la radical incompatibilidad entre los valores morales que inspiraron al nazismo y los promovidos por los iuspositivistas éticos, estriba en las diferencias de los respectivos modelos de derecho. El iuspositivismo ético es una teoría normativa sobre el derecho que ofrece razones para construir los sistemas jurídicos como sistemas autónomos de reglas claras y precisas, que puedan ser interpretadas y aplicadas normalmente sin necesidad de recurrir a juicios morales o políticos controvertidos (Campbell 2004, p. 24). Los iuspositivistas éticos creen que el derecho, así configurado, presenta ciertas virtudes como método para el gobierno de las sociedades humanas, razón por la que abogan por un sistema jurídico autónomo de la moral y por una regla de reconocimiento aligerada moralmente[24]. Es más que manifiesta la contradicción entre un derecho des-legalizado y moralizado como el «derecho nazi» y el modelo legalizado y des-moralizado de derecho del iuspositivismo ético. También es evidente que los rasgos de los derechos positivizados que son percibidos como ventajas o virtudes por los iuspositivistas éticos son para los nazis defectos y vicios característicos de un modelo de derecho caduco y decadente[25].

### 4.3. El derecho nazi y el iuspositivismo teórico o conceptual

Las conclusiones son similares si nos ceñimos a las variantes más reputadas del positivismo jurídico de matriz hartiana. Como es bien sabido, para Hart (1958, p. 50 o 1961, p. 181), el iuspositivismo asume la necesidad de distinguir con la máxima claridad entre el derecho que es y el que debería ser, pues, en modo alguno, es necesariamente verdadero que el derecho reproduzca o satisfaga determinadas exigencias de la moralidad, con independencia de que con frecuencia lo haga[26]. A primera vista, es evidente la incompatibilidad de la separabilidad entre derecho y moral y la identificación entre moralidad aria y orden jurídico popular del nazismo. Da la impresión de que las tesis características del iuspositivismo hartiano quedan negadas cuando el

23. Como señala Paulson (1994, p. 326), si se presupone que este era el modelo de iuspositivismo que Radbruch tenía en mente cuando formuló sus tesis, no cabe sino admitir que la distancia de sus conclusiones con la realidad de la experiencia jurídica nacionalsocialista es enorme.
24. Esta preferencia es especialmente acusada en el caso de sociedades pluralistas (Campbell, 2004, pp. 27-28) y también en las democráticas (Waldron, 1999).
25. Al respecto, Fraenkel (1941, pp. 46 y ss.) o Meierhenrich (2018, pp. 98 y ss.).
26. Esta afirmación apunta a la llamada tesis de la falibilidad moral del derecho (Green 2008, p. 1056).

concepto de derecho se refiere a un orden normativo y valorativo compuesto a partir de la esencia y la moral del pueblo alemán. A primera vista, este es un derecho moralmente denso, preñado de sustancia y de principios éticos, muy distinto del modelo de derecho moralmente neutral característico de muchos iuspositivistas hartianos.

Sin embargo, es preciso ver cómo se concreta esta incompatibilidad, teniendo en cuenta que hoy la tesis de la separabilidad entre derecho y moral está desacreditada[27], hasta el punto de que, en el iuspositivismo actual, el lugar que ocupaba tradicionalmente esa tesis ha sido ocupado por la tesis social, que vendría a sostener que el derecho es un fenómeno social en el sentido de que es hecho por actividades de los seres humanos[28]. Han aflorado, además, diferencias importantes entre dos variantes de iuspositivismo a la hora de definir la tesis social de un modo más preciso: de un lado, la de los iuspositivistas suaves, inclusivistas o incorporacionistas y, de otro lado, la de los iuspositivistas duros o excluyentes[29]. La relación de cada una de estas dos variantes con el nazismo jurídico es singular.

### *4.3.1. Derecho nazi y positivismo jurídico excluyente*

La incompatibilidad entre nazismo jurídico e iuspositivismo excluyente es clara y el llamado «derecho nazi» es un ejemplo de lo que resulta cuando se intenta realizar un modelo de ordenamiento contrario a los postulados teóricos del iuspositivismo excluyente. Esta versión del iuspositivismo se define por referencia a una variación de la tesis social llamada la tesis de las fuentes sociales, que afirma que las normas jurídicas *solo* son válidas cuando tienen una fuente social que determina su existencia y contenido[30]. Las fuentes sociales del derecho han de ser necesariamente hechos, como tales, distintos de las consideraciones o discusiones morales que lo dispuesto suscite (Raz, 2009, pp. 47-52). Para un partidario de esta variante del iuspositivismo, la validez de las normas jurídicas está condicionada por factores como la promulgación legislativa, el carácter de precedente judicial o la práctica consuetudinaria, todos ellos referidos a hechos sociales y que, como tales, se expanden o contraen dependiendo de las acciones relevantes de las autoridades o miembros de una sociedad dada (Shapiro, 2001, p. 181). En definitiva, el iuspositivismo excluyente es aquella doctrina que asevera incondicionadamente

27. Así, por ejemplo, Green (2008, p. 1048), quien se refiere a conexiones necesarias –y no triviales– entre derecho y moral que relativizan la tesis de la separación. También Gardner (2001, pp. 200 y 223) quien considera que la tesis de la separación es absurda, Füber (1996, pp. 117 y ss.) para el que es confusa o Coleman (2001, pp. 151-152) que la reputa trivial.
28. En ese sentido, por ejemplo, Raz (2009, p. 38-39), quien define a la tesis social como la que afirma que qué es y qué no es derecho es una cuestión relativa a hechos sociales, cuya identificación no depende de consideraciones morales. Raz también afirma que la idea de que el derecho es solo derecho positivo es lógicamente independiente de la tesis del valor moral del derecho o de los méritos morales de lo exigido por las normas. Al respecto, también Bayón (2001, p. 3).
29. Un abordaje integral del debate entre estas dos formas de iuspositivimo, en Escudero (2003).
30. Al respecto, Bulygin (2006, p. 110).

que, para todo sistema jurídico, si una norma dada es jurídicamente válida y, por lo tanto, forma parte de ese sistema jurídico, es algo que depende de sus fuentes y no de sus méritos (donde sus méritos atañen también a los méritos de la fuente) (Gardner, 2001, p. 201).

Como he descrito antes, la concepción dominante de la validez jurídica entre los juristas nacionalsocialistas no fue técnica ni formal, sino sustancial. La validez de las normas dependía de la congruencia de su contenido con valores sustantivos de justicia vinculados a una moralidad racial, pues lo que definía la validez del derecho y de sus normas era su adecuación a la moral racial del Volk alemán[31], y esta moral, aunque supuestamente enraizada en la idiosincrasia popular, nunca llego a presentarse como un conjunto de patrones normativos de origen social o convencional y con un contenido cierto y contrastable. También es cierto que la fuente de expresión más depurada de esa moralidad era la voluntad del Führer, esta sí, una potencial fuente social del derecho que podría haber valido como regla de reconocimiento excluyente. Pero, con frecuencia, la voluntad del Führer era normalmente presupuesta, es decir, que actuaba como un expediente para la decisión arbitraria. Así ocurre cuando se invitaba abiertamente a los jueces a decidir como lo habría hecho el Führer o como se seguiría de su apreciación de los sanos sentimientos populares, lo que, de nuevo, nos priva de un referente compartido lo suficientemente estable como para clasificarlo como una fuente social del derecho. Por estas razones, es evidente que el llamado «derecho nazi» no es un buen ejemplo de sistema normativo que no contiene, por razones conceptuales, elementos morales entre los criterios de validez de sus normas. El nazismo jurídico en ningún momento promovió la necesidad conceptual de definir el derecho de ese modo, porque su concepto de derecho era bien distinto al de un iuspositivista excluyente.

### *4.3.2. El derecho nazi y el positivismo jurídico suave*

Distintas son las conclusiones que se siguen si nos interesamos por la idoneidad del derecho nazi para ilustrar las tesis del llamado positivismo jurídico suave, incluyente, inclusivismo o incorporacionismo de autores como Waluchow (1994) o Coleman (2003)[32]. En esta versión del iuspositivismo, el derecho es una práctica social cuyos criterios de validez jurídica son convencionales y cuyo contenido *no necesita* ser moral. Sin embargo, el mérito moral *puede* ser condición de validez de las normas jurídicas siempre que criterios de validez socialmente definidos así lo establezcan. El positivismo jurídico incluyente distingue así entre el *fundamento* de los criterios de validez y su *contenido* y advierte que este último sí *podría* ir referido a circunstancias morales, siempre que su fundamento sea una práctica social, es decir, siempre que exista una práctica de los operadores sociales relevantes en el sentido de identificar como jurídicas solo a las

31. Así se sigue, según Meierhenrich (2018, pp. 130-132), de los escritos de juristas como Roland Freisler o Martin Wittig.
32. Entre nosotros, también existen referencias significativas, como las de Moreso (2002, pp. 93-116).

normas que reúnen cierto mérito o valor moral[33]. El iuspositivismo incluyente es, por tanto, la doctrina que afirma que el fundamento de las condiciones de validez jurídica ha de ser siempre referible a hechos sociales, pero es compatible con que el contenido de esos criterios pueda ser de corte moral, aunque en modo alguno es el caso de que tenga que ser así necesariamente (Coleman, 2001, p. 173).

El derecho nazi no es totalmente ajeno a estas consideraciones teóricas, pues la validez de sus normas, según la práctica social de las autoridades de la Alemania de la época, depende de consideraciones morales. No es baladí, al respecto, que el nazismo jurídico se presentase a sí mismo como una respuesta a las críticas relativas al formalismo del *Rechtsstaat* alemán y a su falta de sustancia ética y política[34]. La ideología nacionalsocialista, identificada con la moral del Volk alemán, es un referente normativo que condiciona la validez de las normas legalmente formuladas. Si el ideario nacionalsocialista es, por sus méritos morales –inequívocos para los nazis– parte del derecho étnico racial alemán, entonces el mérito moral del ideario nacional socialista y de la propia moral racial supuestamente vinculada con el Volk alemán es razón suficiente de la validez jurídica de las normas del derecho nazi. El derecho nazi, así moralizado, bien valdría como ejemplo del incorporacionismo, la subvariante del positivismo jurídico incluyente que afirma que el mérito moral *puede ser* condición *suficiente* de validez jurídica[35].

Una prueba más de la aptitud de la relación entre el derecho nazi y las tesis del iuspositivismo incluyente nos la ofrecen sus críticos, los iuspositivistas excluyentes. Y es que el nazismo jurídico es un perfecto ejemplo del tipo de disolución de la autoridad del derecho a la que conduce la introducción de elementos morales e ideológicos entre los criterios de validez jurídica de la regla de reconocimiento. Recordemos que, para los iuspositivistas excluyentes, el concepto de derecho está indisolublemente vinculado a la idea de autoridad y alguien tiene autoridad cuando sus exigencias son razones para actuar en el sentido exigido para aquellos a los que van dirigidas. Es más, en toda sociedad humana con derecho existe una institución u organización que reclama su autoridad para vincular a los miembros del grupo con sus determinaciones, independientemente

33. Hart se había referido a la posibilidad de que criterios morales actuasen como condiciones de validez de las normas jurídicas de particulares ordenamientos jurídicos, siempre que sus respectivas reglas de reconocimiento así lo estableciesen. Según Hart (1994, p. 51) «la existencia y contenido del derecho puede ser identificado por referencia a las fuentes sociales del derecho (e.g., legislación, resoluciones judiciales, costumbre social), sin recurrir a la moral, excepto donde el derecho, así identificado, haya incorporado criterios morales para la identificación del derecho». Por lo tanto, que la moralidad sea o no una condición de la validez de las normas jurídicas es algo que depende de cuáles sean los criterios de validez de cada particular ordenamiento jurídico, es decir, de su regla de reconocimiento, la cual necesariamente ha de estar fundada sobre una práctica social o convencional.
34. Al respecto, Meierhenrich (2018, p. 75 y 93), quien, expresivamente, refiere a unas palabras de Gierke, en las que se mostraba preocupado por la posibilidad de que alguna ideología perversa se aprovechara de la vacuidad del Estado de derecho formal para darle un contenido inapropiado, cuando en realidad lo que ocurrió es que una ideología degenerada se apropió de la sustancia de sus variantes materializadas.
35. El inclusivismo, por el contrario, sería aquella subvariante del positivismo jurídico incluyente para la que el mérito moral es condición necesaria de validez. Al respecto, Kramer (2004, pp. 2 y ss.).

del juicio moral que los miembros del grupo tengan sobre ellas, pues se pretenden vinculantes como tales al margen de cualquier otra justificación (Raz, 2009, pp. 29 y ss.). Por esa razón, es imprescindible poder identificar esas exigencias sin embarcarse en discusiones o consideraciones relativas a su justificación moral. Para Raz (2009, pp. 50-52), si la identificación de la conducta que exige una regla jurídica depende de consideraciones morales, no será posible ignorar la relevancia de las otras razones concurrentes y el derecho carecerá de autoridad. Determinar qué es lo que el derecho exige dando a sus normas el alcance que de la moralidad se sigue es incompatible con otorgar autoridad al derecho[36] (Coleman y Leiter, 2010, p. 242), pues la autoridad del derecho depende precisamente de su capacidad para excluir esas razones morales que concurren con la razón de las normas y desaparece si la razón de las normas jurídicas depende de razones morales. En sentido similar, Shapiro (2001, pp. 169 y ss.) parte de la simple constatación de que el propósito elemental del derecho es guiar el comportamiento de sus destinatarios[37] y advierte que si hay principios morales entre las condiciones de validez de las normas, estas no pueden guiar la conducta de nadie. Las reglas jurídicas, para ser tales, han de suponer una «diferencia práctica» con la situación que se daría si no existieran (Shapiro, 2001, p. 176). Un ordenamiento jurídico en el que las reglas sean válidas cuando satisfacen determinados estándares o principios morales equivale a un orden compuesto por reglas que exigen hacer lo que es moralmente meritorio hacer. Esto, según Shapiro (2001, pp. 177-179), obliga a los destinatarios de las normas a abrir el debate sobre las razones para hacer lo que la regla exige, que es precisamente lo que la regla, por tener autoridad, se supone que cancelaba[38]. Donde la regla de reconocimiento es excluyente de la moral, sí hay guía de las decisiones y el comportamiento de sus destinatarios: uno ha de conformarse a las normas que cumplen con los criterios de validez basados en consideraciones relativas a las fuentes y no a otras normas válidas conforme a criterios distintos y los jueces deben aplicar precisamente esas normas válidas por sus fuentes y no otras, independientemente de los méritos morales de una decisión distinta, pues la existencia de la regla de reconocimiento excluyente excluye

36. Coleman y Leiter (2010, pp. 238, 243) explican el sentido del iuspositivismo excluyente señalando que los criterios contenidos en la regla de reconocimiento no solo han de cumplir con una función de validación, sino también de identificación. Es decir, las condiciones de validez han de posibilitar la identificación de las normas jurídicas. Cuando entre las condiciones de validez hay consideraciones morales, solo es posible validar la pertenencia de ciertas normas *en bruto* al sistema jurídico, pero no determinar su contenido.
37. Recordemos que Hart (1994, p. 24) había señalado que no hay función más elemental del derecho que la de ofrecer guía y estándares de crítica a las conductas humanas. En similar sentido, Coleman (2001, p. 74) quien señala que el derecho pretende gobernar nuestra conducta y añade, significativamente, que pretende hacerlo en virtud de su condición de derecho, es decir, por el hecho de que sus normas portan una *marca* que permite identificarlas como *jurídicas*.
38. Parece una concepción excesivamente exigente de lo que significa guía. Probablemente Hart (1994, pp. 27-28) la hubiese impugnado por considerar que «la exclusión de toda incertidumbre a cualquier costo para otros valores no es un fin que haya siempre contemplado para la regla de reconocimiento […] Un margen de incertidumbre debe ser tolerado y, realmente, bienvenido en el caso de muchas reglas jurídicas de forma que una resolución judicial informada puede ser tomada cuando la composición de un caso imprevisto es conocido y los problemas en cuestión de esta decisión pueden ser identificados y así racionalmente resueltos».

también la relevancia de esas razones. La conclusión de todo lo anterior es evidente: la moralidad no puede estar entre las circunstancias que condicionan la validez de las normas, so pena de hacer conceptualmente imposible la autoridad del derecho y, de ese modo, disolver su concepto.

Es verdad que las consideraciones anteriores son fundamentalmente teóricas, es decir, que van exclusivamente referidas al concepto de derecho y a la posibilidad de dar cuenta de algunos de sus rasgos esenciales en un supuesto ordenamiento jurídico incluyente. Sin embargo, lo sucedido con el derecho en la Alemania nazi ilustra bien la dimensión práctica del supuesto sinsentido teórico de un concepto incluyente de derecho. En Alemania, vigente un derecho moralizado, no resultaba posible afirmar lo que uno tenía el deber de hacer, porque lo que las fuentes del derecho identificadas según hechos sociales exigían estaba subordinado a lo que exigían los valores morales definitorios de la identidad y el honor del *Volk* alemán o del ideario nacionalsocialista. Esta irrelevancia práctica de las normas queda de manifiesto en la progresiva y variable sustitución del Estado-normativo por el Estado-prerrogativa a la que se refirió Fraenkel, que aconteció cuando las relaciones jurídicas dejaron de estar gobernadas por normas preestablecidas y pasaron simplemente a estar controladas discrecionalmente. Meierhenrich (2018, p. 232) también reconoce que una porción significativa del derecho nazi moralizado colapsó como efecto de la presión ejercida por sus referentes más ideológicos, especialmente, a partir de 1938, cuando la parte normativa del Estado dual o híbrido alemán fue progresivamente eclipsada por el ejercicio discrecional del poder de quienes cada vez encontraban más ocasiones para decidir según la moralidad racial alemana o como lo habría hecho el mismísimo del Führer: las reminiscencias del Estado de derecho prácticamente desaparecieron en Alemania.

No creo que ningún iuspositivista incluyente, inicialmente alarmado por esta indeseable asociación de su modelo de derecho con el derecho nazi, tuviera siquiera que echar mano del eslogan que define su teoría –la moral *puede ser* condición de validez…– para señalar, parafraseándolo, que aunque es posible que ocurriese algo como lo descrito, en modo alguno es necesario que suceda. No es así porque no creo que mi *reductio ad Hitlerum*[39] sea decisiva para cuestionar la plausibilidad teórica de los planteamientos del llamado iuspositivismo incluyente, aunque sí que opera como contraargumento frente a quienes se sienten normalmente atraídos por esta teoría a consecuencia de la simpatía que sus ejemplos habituales les suscitan. Si uno encuentra, en la lista de ilustraciones de ordenamientos jurídicos con una regla incluyente, al derecho alemán de la Ley Fundamental de Bonn junto al derecho nazi, es posible que su acercamiento a la teoría esté exclusivamente condicionado por la solidez de sus planteamientos conceptuales o teóricos y no por la simpatía que le suscitan los regímenes políticos con los que habitualmente se asocian los ordenamientos moralizados del llamado positivismo suave.

39. La *reductio ad Hitlerum* es una mezcla de diversas falacias (in personam, ad absurdum, ad misericordiam), al parecer, acuñada por Leo Strauss (1951, p. 206), suficientemente popular.

### 4.4. El poder de los nazis y su derecho: el caso del iuspositivismo abierto

La última concepción del iuspositivismo con la que podrían ser compatibles los juicios de Radbruch es la que Paulson (1994, pp. 334 y ss.) denomina el *iuspositivismo abierto* (open legal positivism). Esta es una teoría sobre el derecho y el poder (power thesis), según la cual la eficacia social de este es condición suficiente de la validez del derecho[40], con lo que son jurídicamente válidas las decisiones de quienes efectivamente gobiernan una comunidad, con independencia, por ejemplo, de la valoración moral que merezca lo dispuesto[41]. Al quedar el derecho validado exclusivamente por la eficacia del poder que lo respalda, la moralidad no es condición necesaria de validez jurídica.

Esta supuesta variante del iuspositivismo jurídico es una forma singular de voluntarismo jurídico que confunde poder y derecho, al presuponer que es derecho cualquier expresión del poder del gobernante independientemente de su propósito y su forma de ejercicio[42]. Lo que sostiene es que lo mandado, independientemente de su contenido o forma, es derecho. Desde mi punto de vista, esta concepción es profundamente errónea, pues desconoce algunos rasgos esenciales del derecho. El derecho se define, como sostuvieron Hart (1961, p. 256) o Fuller (1964, p. 146), por su propósito que no es otro que el de someter la conducta humana a la guía y control de reglas y este propósito condiciona necesariamente a su forma: lo que distingue el control político en general del jurídico en particular es que en este el poder se expresa mediante reglas, es decir, indicaciones con un cierto grado de generalidad –no decisiones ad hoc– sobre el tipo de comportamiento debido, públicas, prospectivas y posibles de cumplir, entre otras condiciones. Fuller (1964, p. 169), de hecho, rechazó el iuspositivismo porque lo entendía vinculado a la identificación entre control político y jurídico y consideró que la «identificación del derecho con cualquier acto imaginable de las autoridades» (officials) era la prueba evidente de que el iuspositivismo era una doctrina equivocada, pues llevaba, por ejemplo, a identificar como derecho a cualquier cosa, incluso un gruñido o gemido, siempre que esa fuera la práctica convergente de las autoridades que gobiernan (Fuller, 1969, p. 198).

---

40. Paulson (1994, p. 334) encuentra en uno de los primeros escritos de posguerra de Radbruch (1945) algunas alusiones a este planteamiento, más clarificadoras que las excesivamente retóricas referencias de «Arbitrariedad legal y derecho supralegal». En ese escrito, Radbruch afirma, por ejemplo, que «la teoría positivista equipara al derecho con el poder: solo hay derecho allí donde hay poder» o que «una ley es válida si en la mayoría de las ocasiones tiene poder para prevalecer».
41. A diferencia del más conocido iuspositivismo ideológico, que se definiría, según Bobbio (1954, p. 43) o Hoerster (1992, p. 16), por defender la reducción de la justicia a la validez, por afirmar que existe un deber moral de obediencia al derecho o que el derecho es siempre justo en sí, lo que el iuspositivismo abierto sostendría no es que lo dispuesto sea justo (might is right), sino que es jurídico.
42. Inicialmente originada en el ámbito teológico, el voluntarismo negó que existiese un principio inmanente que ordenaba a la voluntad al bien en tanto que su fin propio. Para voluntaristas como Dums Escoto o Guillermo de Ockham, la voluntad no está naturalmente inclinada al bien y es, como tal, indiferente a sus fines. En el ámbito filosófico político, encontramos profundas resonancias voluntaristas en la tesis hobbesiana de que *auctoritas non veritas facit legem*. Al respecto de esta identificación entre derecho y poder, Peña (2018, pp. 223-230).

Parece evidente que el nazismo jurídico incurrió manifiestamente en esta identificación: recuérdese que la voluntad del Führer, tenida por la expresión auténtica del espíritu y valores del Volk alemán, era fuente suprema del derecho en el sentido de que era irresistible y que condicionaba la validez de las demás fuentes y, en particular, de las normas de derecho escrito, lo que no puede ser más expresivo de esa errónea identificación del derecho con el ejercicio irrestricto de la voluntad del gobernante. Creo que está en lo cierto Paulson (1994, p. 335-338) cuando afirma que esta variante de iuspositivismo sí se ajusta a los hechos acaecidos durante el nazismo, al menos a los más aberrantes y rupturistas con el Estado de derecho[43], pero también cuando advierte que no parece que este sea el tipo de iuspositivismo que Radbruch presupuso en sus análisis de las arbitrariedades cometidas por jueces y autoridades nazis.

## 5. CONCLUSIÓN: UNA HISTORIA ALTERNATIVA

De todo lo anterior se sigue que la tesis de Radbruch según la cual el iuspositivismo habría sido el brazo ejecutor jurídico y judicial del nazismo fue una afirmación un tanto gruesa[44]. Ni los juristas que actuaron como secuaces del nazismo fueron iuspositivistas, ni tampoco habrían podido serlo, porque la tarea que se esperaba que llevaran a cabo era incompatible con los planteamientos teóricos del iuspositivismo y con los compromisos éticos por los que muchos sostienen esa doctrina[45].

Fue, además, un error de dimensiones históricas. Como comenté al inicio de este artículo, las lecturas *radbruchianas* del nazismo jurídico influyeron de un modo significativo en los debates iusfilosóficos posteriores. De las tesis de Radbruch se sigue que la respuesta iusfilosófica apropiada al nazismo es la rehabilitación de la idea de justicia en la reflexión y la práctica jurídicas y el estrechamiento de los lazos entre el derecho

43. Al respecto, Paulson encuentra la justificación de esa conclusión en el análisis que hace Radbruch del caso de Puttfarken, un funcionario de justicia que fue condenado tras la guerra por haber denunciado durante la guerra a Göttig, un comerciante alemán que había escrito en un aseo «Hitler es un asesino de masas y culpable de la guerra». El análisis de este caso puede encontrarse en Radbruch (1946, pp. 23-30).
44. Como señala Meierhenrich (2018, p. 4), hay abundantes evidencias microhistóricas que contradicen la argumentación macrohistórica de Radbruch a propósito de la naturaleza del derecho nazi. A juicio de este autor, Radbruch habría confundido el problema de la naturaleza del derecho con la cuestión de su práctica profesional. Su fórmula, revestida con la solemnidad del momento en que fue manifestada, allanó el camino a representaciones reduccionistas del derecho nazi.
45. En ese sentido también, Morris (2016, p. 652), para el que, aunque el giro iusnaturalista de Radbruch es interesante desde un punto de vista iusfilosófico, su acusación al iuspositivismo fue simplemente errónea: la doctrina jurídica nazi fue antipositivista y el positivismo jurídico ni inspiró ni guio las decisiones de los jueces durante el nazismo. Un excesivo énfasis en las cuestiones iusfilosóficas y en la confrontación entre tesis iusnaturalistas e iuspositivistas pudieron explicar que otros, muchos años después, aún perseveraran en este error y que ignoraran los descubrimientos historiográficos. De hecho, la acusación pudo explicarse porque Radbruch, inmerso en un proceso de autocrítica y revisión de su propia concepción sobre el derecho y la justicia, imputó al nazismo jurídico algunos errores y excesos de sus planteamientos iusfilosóficos de preguerra. A la pregunta de si Radbruch habría llegado a una conclusión distinta si hubiera tenido más información sobre la realidad del nazismo judicial, Morris (p. 671) responde negativamente.

y la moralidad. El éxito de este planteamiento está entre las causas que explican el interés por las condiciones de racionalidad del discurso jurídico y, en general, de los intentos de rehabilitación de la razón práctica en el razonamiento jurídico de las últimas décadas[46]. La rehabilitación de la idea de justicia en el derecho está también entre las causas de la rematerialización moral de los ordenamientos jurídicos constitucionalizados acaecida en la segunda mitad del siglo xx. Las tesis de Radbruch son coherentes con la preferencia por una constitución rematerializada –es decir, que contenga numerosas referencias a valores morales y principios de justicia– y garantizada jurisdiccionalmente, incluso frente a la legislación, como la respuesta más adecuada a la arbitrariedad legal y a las experiencias autoritarias[47]. Y, efectivamente, esa ha sido la respuesta político-constitucional dispuesta para frenar el auge de gobiernos inicuos[48].

Sin embargo y pese a que los hechos han demostrado que esa ha sido una solución adecuada, no es la solución que se siga necesariamente de la experiencia nacionalsocialista. Es más, de esta experiencia podría seguirse *justo la solución contraria*, lo que demuestra lo improcedente del argumento de quien pretende fundamentar el control jurisdiccional de la constitucionalidad de las leyes o la materialización de las constituciones con el argumento de que así se mitigan los riesgos de una deriva autoritaria de la legislación, *como atestigua la experiencia nazi*. Porque ¿qué habría sucedido si Radbruch no se hubiese equivocado en su descripción del derecho nazi y si no hubiese dicho lo que dijo y, en su lugar, hubiese escrito que «por doquier se entabla la lucha contra el iusnaturalismo que promueve la arbitrariedad del gobierno en nombre de una supuesta moral supralegal» o que «donde ni siquiera una vez se pretende alcanzar la seguridad jurídica, donde la certeza, que constituye la médula del derecho, es negada claramente en nombre de un ideal moral superior, allí el gobierno es injusto porque carece de toda naturaleza jurídica»?

Imaginemos, en un ejercicio de *altertopía iusfilosófica*, cómo se habrían diseñado y fundamentado nuestras instituciones si inicialmente en lugar de atribuir al iuspositivismo y a la aplicación neutral de la ley la responsabilidad por las aberraciones criminales del nazismo, se hubiese atribuido a la confusión entre derecho y moral, a la subordinación de la legalidad formal a la ideología y a la habilitación cursada a los jueces para resolver de acuerdo a criterios tan vaporosos como el espíritu del pueblo, los sanos sentimientos populares, etcétera. Alguien quizás habría sugerido la necesidad de protegerse no de jueces a los que su compromiso con la legalidad habría vuelto

46. Tampoco hay que olvidar que los tribunales alemanes utilizaron la fórmula Radbruch para privar de validez a diversas leyes y sentencias dictadas durante el tiempo en que los nazis estuvieron en el poder, primero, y después, a disposiciones del régimen comunista de la extinta República Democrática Alemana. Al respecto, Alexy (2001, pp. 77-81 o 2000).
47. Por ejemplo, Ferrajoli (2001, pp. 40 o 52 y ss.), Fioravanti (1995, p. 127) o Alexy (1986, pp. 503 y ss. o 2001).
48. Al respecto, por cierto, Radbruch (1946, p. 43) fue prudente y quizás no suscribiría algunos excesos frecuentes en la actualidad. No hay que olvidar que dejó escrito que «frente a la arbitrariedad legal de aquellos pasados doce años debemos buscar de realizar las pretensiones de la justicia con la menor mengua posible de la seguridad jurídica. No todo juez debería estar autorizado para decretar por su cuenta la nulidad de la ley; esta tarea debería estar reservada más bien a un alto tribunal o a la legislación».

moralmente insensibles, sino de jueces *demasiado comprometidos*, es decir, de jueces activistas al servicio de proyectos ideológicos y dispuestos a actuar de cualquier modo que facilite su realización con independencia de que al hacerlo se pongan en serio peligro a la legalidad[49]. En ese marco, quizás alguien habría sugerido que el modo de evitar nuevos episodios autoritarios y criminales exige garantizar la autoridad de las normas emanadas de un órgano democrático representativo, en las que de modo general, prospectivo, público, etcétera se estableciesen los deberes de los ciudadanos y el modo de ejercer sus derechos y, todo ello, conforme a una constitución moralmente aligerada, para evitar así los excesos ideológicos y entusiasmos moralistas de gobernantes visionarios que reclamasen que ellos y solo ellos tienen la clave de la lectura moral de la constitución, no fuera a ser que alguno pretendiera realizarla menoscabando la libertad y seguridad –relativas, pero ciertas– que ofrece el gobierno democrático de las leyes. No conviene olvidar que la solución contraria, es decir, la que difumina la separación entre el derecho y la moral y permite a los jueces una lectura moral del derecho, es una solución cuya *mecánica* –que no su *combustible*, si se me permite el símil automovilístico– reproduce algunos rasgos del modelo de derecho nacionalsocialista[50], un modelo que no estaba claramente descrito en el momento en que Radbruch afirmó que el problema fue que los jueces quedaron inermes ante las leyes moralmente inicuas, cuando el problema fue más bien que los jueces se convirtieron en *comisarios políticos, custodios de una moral aberrante, que privó a los individuos de los beneficios del gobierno de las leyes*.

Por lo tanto, habilitar a los jueces constitucionales a hacer una lectura moral de la constitución y sus principios no es la conclusión institucional que se sigue de un análisis riguroso de los *vicios* del nazismo jurídico. Proponer más legalidad y que los jueces estén más rigurosamente sometidos a los dictados del legislador democrático no es tampoco una solución vetada por la experiencia nazi.

Por último, me parece importante subrayar que cuando se promueve una vinculación más estricta de los jueces a las normas que la que resulta de algunas variantes moralizadas de constitucionalismo, no se hace porque el derecho sea así, sino porque ese arreglo institucional es moralmente preferible a otro alternativo que apostase por confiar en la capacidad de los jueces para resolver conforme a una moralidad más o menos difusa. El fundamento de esa preferencia hay que buscarlo en la convicción de que la legalidad,

49. Esta conclusión goza de cierto respaldo histórico: según el análisis de Morris (2016, p. 670), los casos de resistencia judicial al nazismo y, en concreto, a su programa eugenésico, nos enseñan que «la espada que un juez pudo blandir frente al crimen de Estado y que el Estado hubiera tenido que esquivar, fue el derecho positivo. La lección evitada por Radbruch». La tesis fundamental de Meierhenrich (2018), también es esta: subsistieron reminiscencias del Estado de derecho durante el nazismo y el balance de esa pervivencia, aunque pobre, es positivo. Las prácticas asociadas a la legalidad fueron como islotes en los que, temporal y precariamente, pudieron guarecerse algunas de las víctimas de los nazis, rodeadas por un amenazante océano de excesos éticos.

50. Un planteamiento similar el de Stolleis (1994, p. 10), para el que cuando los partidarios del iusnaturalismo señalaron a los iuspositivistas como responsables del *desastre jurídico y judicial* que supuso el nazismo, obviaron que estaban usando los mismos argumentos que con los que los nacional-socialistas se habían opuesto antes al iuspositivismo, aunque bajo una bandera política distinta.

como tal, es portadora de unos valores morales específicos[51] –control de la violencia y la arbitrariedad, limitación del poder, capacidad para la acción libre de las personas, independencia frente al poder de los otros–, incompatibles con mecanismos de control social degenerados como los nacionalsocialistas[52]. Vista la *densidad moral del llamado derecho nazi,* es posible afirmar que no fue la separación entre derecho y moral lo que propició las atrocidades de los nazis, sino si acaso la ignorancia de que *el derecho es, por su forma, portador de una moralidad específica*, que fue vulnerada cuando el gobierno del derecho fue suplantado por el de la moral degenerada de Hitler y sus antilegalistas secuaces.

## 6. BIBLIOGRAFÍA

Aguilera García, Edgar, 2017: Jusnaturalismo procedimental, debido proceso penal y epistemología jurídica. México: Tirant lo Blanch.

Alexy, Robert, 1986: Teoría de los derechos fundamentales. Madrid: Centro de Estudios Políticos y Constitucionales, 1993.

Alexy, Robert, 2000: Derecho injusto, retroactividad y principio de legalidad penal. *Doxa,* 23, pp. 197-230.

Alexy, Robert, 2001: Una defensa de la fórmula Radbruch. *Anuario da Facultade de Dereito da Universidade da Coruña*, nº 5, 2001, págs. 75-96.

Bobbio, Norberto, 1954: Teoría General del Derecho. Madrid: Debate, 1991.

Bobbio, Norberto, 1965: Giusnaturalismo e positivismo giuridico. Milán: Edizioni di Comunità.

Bulygin, Eugenio, 2006: El positivismo jurídico. México: Fontamara.

Campbell, Tom, 2004: Prescriptive Legal Positivism: Law, Rights and Democracy. Londres: UCL Press.

Coing, Helmut, 1961: Fundamentos de Filosofía del Derecho. Barcelona: Ariel, 1976

Coleman, Jules, 2001: The Practice of Principle. Oxford: Oxford University Press.

Coleman, Jules, 2001: [ed.]. Hart's Postscript. Oxford: Hart Publishing

Coleman, Jules y Leiter, Brian, 2010: Legal Positivism. En Patterson, Denis (ed.), A Companion to Philosophy of Law and Legal Theory, 2ª ed. West Sussex: Villey-Blackwell.

De Miguel Bárcena, Josu y Tajadura Tejada, Javier, 2018: Kelsen versus Schmitt. Madrid: Guillermo Escobar.

Dyzenhaus, David, 2000: Positivism's Stagnant Research Programme. *Oxford Journal of Legal Studies*, vol. 20, nº 4, pp. 703-722.

Dyzenhaus, David, 2010: Hard Cases in Wicked Legal Systems. Oxford: Oxford University Press.

Escudero Alday, Rafael, 2000: Positivismo jurídico y moral interna del derecho. Madrid: CEPC.

51. Al respecto, Fuller (1969) o Dyzenhaus (2000) o Aguilera (2017, pp. 67 y ss.) también suscriben la tesis de la dimensión moral de la legalidad. Desarrollo ese tema en Peña (2018, pp. 151-199). Un planteamiento de referencia muy elaborado es el de Escudero Alday (2000), cuya exploración sobre las dimensiones morales de la legalidad, sin embargo, no logra, a mi juicio, superar el marco instrumentalista característico de las concepciones formales del Estado de derecho iuspositivistas.

52. Sobre este punto, Fuller (1958, p. 650-660 y 1964, p. 107) y Rundle (2009).

Escudero Alday, Rafael, 2004: *Los Calificativos del Positivismo Jurídico*. Madrid: Thomson-Civitas.
Ferrajoli, Luigi, 2001: Los fundamentos de los derechos fundamentales. Madrid: Trotta.
Fioravanti, Maurizio, 1995: Los derechos fundamentales. Madrid: Trotta, 1996.
Fraenkel, Ernst, 1941: The Dual State. A Contribution to the Theory of Dictatorship. Oxford: Oxford University Press, 2017.
Füber, Klaus, 1996: Farewell to Legal Positivism: The Separation Thesis Unravelling. En George, ed.) 1996.
Fuller, Lon, 1958: «Positivism and the Fidelity to Law: A Reply to Professor Hart» en Harvard Law Review, vol. 71, núm. 4, pp. 630-672.
Fuller, Lon, 1964: The Morality of Law. 1ª ed. New Haven: Yale University Press
Fuller, Lon, 1969: The Morality of Law. 2ª ed. New Haven: Yale University Press.
García Amado, Juan Antonio, 1991: Nazismo, Derecho y Filosofía del Derecho. *Anuario de Filosofía del Derecho*, VIII,, 1991), pp. 341-364.
García Amado, Juan Antonio, 2016: «Introducción» en Ruthers (1988).
Gardner, John, 2001: Legal Positivism: 5½ Myths. *American Journal of Jurisprudence*, vol. 46, pp. 199-227.
Garzón Valdés, Ernesto [comp.], 1985: Derecho y filosofía. Barcelona/Caracas: Alfa.
Green, Leslie, 2008: Positivism and the Inseparability of Law and Morals. *New York University Law review*, vol. 83, pp. 1035-1058.
George, Robert P., 1996: The Autonomy of Law. Oxford, Clarendom Press.
Hart, Herbert L. A., 1958: Positivism and the Separation of Law and Morals. En *Harvard Law Review*, 71, 4, pp. 593-629.
Hart, Herbert L. A., 1961: El concepto de derecho. Buenos Aires: Abeledo-Perrot, 1963.
Hart, Herbert L. A., 1994: Post Scríptum íntegro al Concepto de derecho. México: Universidad Nacional Autónoma.
Henkel, Heinrich, 1964: Introducción a la Filosofía del Derecho. Madrid: Taurus, 1968.
Hirvonen, Ari, 2010: Total Evil. En Ari Hirvonen y Janne Portttikivi (eds.), *Law and Evil. Philosophy, Politics and Psycoanalysis*. Abingdon: Routledge.
Hoerster, Norbert, 1992: *En defensa del positivismo jurídico*. Barcelona: Gedisa, 2000.
Horn, Norbert, 2002: Sobre el Derecho Natural Racionalista y el Derecho Natural Actual. *Anuario de Derechos Humanos*, vol. 1, pp. 77-94.
Jiménez Cano, Roberto, 2008: Una metaética del positivismo jurídico. Madrid: Marcial Pons.
Kaufmann, Arthur, 2000: El renacimiento del derecho natural de la posguerra y lo que fue de él. En Rabbi-Baldi Cabanillas, Renato. Las razones del derecho natural. Buenos Aires: Editorial Ábaco de Rodolfo Depalma.
Larenz, Karl, 1935: Volksgeist und Recht: Zur Revision der Rechtsanschauung der Historischen Schule. *Zeitschrift für Deutsche Kulturphilosophie*, 1, pp. 39-60.
Kramer, Matthew, 2004: Where Law and Morality Meet. Oxford: Oxford University Press.
MacCormick, Neil, 1992: Natural Law and the Separation of Law and Morals. En George, Robert P. (ed.) *Natural Law Theory*, Oxford: Oxford University Press.
Meierhendrich, Jens, 2018: The Remnants of the Rechtsstaat. An Ethnography of Nazi Law. Oxford: Oxford University Press.
Metall, Rudolf, 1969: Hans Kelsen. Vida y obra. México: Coyoacán, 2010.
Moreso Mateos, Josep Joan, 2002: En defensa del positivismo jurídico inclusivo. En Cristina Redondo, M. C. y Navarro, P. (eds.). La relevancia del derecho. Barcelona: Gedisa.

Morris, Douglas, 2016: Accommodating Nazi Tyranny? The Wrong Turn of the Social Democratic Legal Philosopher Gustav Radbruch after the War. *Law and History Review*, vol. 34, pp. 649-688.

Neumann, Franz, 1994: Behemoth. Pensamiento y acción en el nacionalsocialismo, 1933-1945. Barcelona: Anthropos, 2014.

Paulson, Stanley L., 1994: Lon L: Fuller, Gustav Radbruch, and the 'Positivist' Theses. *Law and Philosophy*, 13, pp. 313-359.

Paulson, Stanley L., 1995: Radbruch in Unjust Laws: Competing Earlier and Later Views. *Oxford Journal of Legal Studies*, 15, 1995, pp. 489-500.

Peña Freire, Antonio, 2018: Legalidad y orden jurídico. Barcelona: Atelier.

Radbruch, Gustav, 1945) Five Minutes of Legal Philosophy. En Philosophy of Law, Feinberg, Joel y Gross, Hyman (4ª ed.). Belmont: Wadsworth Publ. Co., 1991.

Radbruch, Gustav, 1946: Arbitrariedad legal y derecho supralegal. Buenos Aires: Abeledo-Perrot, 1962.

Raz, Joseph, 2009: The Authority of Law. Oxford: Oxford University Press.

Robles, Gregorio, 2014: Hans Kelsen. Vida y obra. Cizur Menor: Civitas.

Roetter, Friedrich, 1945: The Impact of Nazi Law. *Wisconsin Law Review*, pp. 516-562.

Rommen, Heinrich, 1959: Natural Law in Decisions of the Federal Supreme Court and of the Constitutional Courts in Germany. *Natural Law Forum*, nº4, pp. 1-25.

Rundle, Kristen, 2007: «The Impossibility of and Exterminatory Legality: Law and the Holocaust» en *University of Toronto Law Journal*, vol. 59, núm. 1, pp. 65-125.

Rüthers, Bernd, 1988: Derecho degenerado. Madrid: Marcial Pons, 2016.

Schmitt, Carl, 1936) Kodification oder Novelle? Über die Aufgabe und Methode der heutigen Gesetzgebung. *Deutsche Juristen-Zeitung*, vol. 40 (1935), pp. 924-925.

Serrano Ruiz-Calderón, José Miguel, 1989: Totalitarismo y Derecho natural. *Revista de Derecho de la Universidad Complutense*, nº 75, 1989-1990, pp. 991-1000.

Shapiro, Scott, 2001: On Hart's Way Out. En Coleman [ed.]. 2001.

Stolleis, Michael, 1994: The Law under the Swastika. Chicago: Chicago University Press.

Stolleis, Michael, 2007: Law and Lawyers Preparing the Holocaust. *Annual Review of Law and Social Science*, 2007-3, pp. 213-231.

Stolleis, Michael, 2014: Introducción al derecho público alemán (siglos xvi-xxi*)*, Madrid: Marcial Pons, 2018.

Strauss, Leo, 1951: «The Social Science of Max Weber» en *Measure. A Critical Journal*, vol. 2, nº 2.

Tammelo, Ilmra, 1977: Der Kampf um die Rechtsphilosophie. En *Thesaurus Acroasium*, vol. IV (Modern Problems of International Law and the Philosophy of Law. Miscellanea in honour of Professor D. S. Constantopoulos) Tesalónica, Institute of International Public Law and International Relations of Thessaloniki, pp. 511-513

Waldron, Jeremy, 1999: The Dignity of Legislation. Cambridge: Cambridge University Press.

Waldron, Jeremy, 2001): «Normative (or ethical) Positivism» en Coleman [ed.]. (2001).

Welzel, Hans, 1962: Introducción a la Filosofía del Derecho, Madrid: Aguilar, 1971.

Doxa. Cuadernos de Filosofía del Derecho, (2020), *43*
e-ISSN: 2386-4702 | ISSN: 0214-8676

# La recepción de Hegel en España: las objeciones krausistas a su teoría del Estado*

# The reception of Hegel in Spain: Krausist Criticism to his Theory of the State

Delia Manzanero

**Autora:**
Delia Manzanero
Universidad Rey Juan Carlos de Madrid, España
delia.manzanero@urjc.es
https://orcid.org/0000-0002-6895-1254

**Recibido:** 19-9-2019
**Aceptado:** 11-12-2019

**Citar como:**
Manzanero, Delia, (2020). La recepción de Hegel en España: las objeciones krausistas a su teoría del Estado. Doxa. Cuadernos de Filosofía del Derecho, *43*, pp. 83-101. https://doi.org/10.14198/DOXA2020.43.04

**Licencia:**
Este trabajo se publica bajo una Licencia Creative Commons Atribución 4.0 Internacional.

© Delia Manzanero

**Resumen**

El objetivo de este artículo es sintetizar las líneas generales de la recepción y penetración de la filosofía jurídica de G. W. F. Hegel en la España decimonónica y establecer un vínculo a sus evidentes coincidencias con la recepción del pensamiento jurídico de K. Ch. F. Krause para suscitar algunas líneas de interpretación. Asimismo, se trata de ponerlas en correlación con las cuestiones sociales e intelectuales que dificultaron o facilitaron el arraigo de su filosofía en España. Entre esos obstáculos a la recepción de Hegel, ahondaremos en la interpretación que hacen los krausistas españoles –ya veremos si sesgada o no– del concepto de Estado hegeliano, una interpretación conservadora que resultaba mucho más controvertida por sus soluciones estatalistas. Por último, se avanzan algunas hipótesis que aspiran a servir de orientación y explicación a esa preferencia generalizada por Krause en España.

**Palabras clave**: Krause; Hegel; Estado; filosofía jurídica; España.

**Abstract**

This paper is devoted to identifying the general lines of reception and assimilation of the G. W. F. Hegel's philosophy of law in Spain during the nineteenth-century and to establish a link to its obvious coincidences with the reception of K. Ch. F. Krause's legal thinking in order to raise some lines of interpretation. It is also about to put them in correlation with social and intellectual issues that also hampered or facilitated the anchoring of their

* Una versión germinal de esta investigación fue presentada como ponencia y se nutrió del debate mantenido en el Congreso internacional sobre «The reception of Hegel in Southern Europe (Italy, Spain, Greece) in the 19th century» que tuvo lugar en 2018 en la Academy of Sciences Berlin-Brandenburg. Este estudio se ha realizado en el marco del proyecto de investigación: «Krause y el Krausismo del Sexenio Democrático» (Proyecto de investigación I+D+i: HAR2016-79448-P, 2016-2019) de la Universidad Pontificia Comillas, financiado por el Ministerio de Economía y Competitividad.

philosophies in Spain. Among those obstacles to the reception of Hegel is the interpretation made by the Spanish Krausists of Hegel's concept of State –we will see whether it is biased or not–, a conservative interpretation which made Hegel's interpretation much more controversial, in particular, because of his statist solutions. Finally, we will put forward some hypotheses that aspire to be useful for orientating and explaining this generalised preference for Krause in Spain.

**Keywords***:* Krause; Hegel; State; legal philosophy; Spain.

## 1. INTRODUCCIÓN

La traslación, recepción y asimilación de la filosofía del derecho de K. Ch. F. Krause (1781-1832) y de G. W. F. Hegel (1770-1831) en la España del siglo XIX, estuvo marcada fundamentalmente por dos tipos de obstáculos: los religiosos y los jurídico-sociales. Son bien conocidos los obstáculos religiosos y tradicionales –irrebasables sobre todo para el hegelianismo– a los que tanto el krausismo como el hegelismo tuvieron que hacer frente. A este respecto, resultan muy interesantes los estudios dedicados a analizar las críticas y censuras que se dieron en el choque del hegelismo/krausismo con la realidad ideológica y sociocultural hispánica, donde se analiza la estrategia deliberada de minusvaloración de la filosofía idealista alemana desde los diferentes ángulos ideológicos del integrismo neocatólico y tradicionalista antikrausista –al modo de los comentarios jocosos y descalificativos que Marcelino Menéndez Pelayo dirigiera sectariamente tanto a krausistas como a hegelianos (Menéndez, 1978, pp. 370-371, pp. 470-471). Algo que también vendría dado por la tradicional sensibilidad religiosa de la cultura española que ciertamente planteaba unas circunstancias inhóspitas para que una crítica hegeliana de la religión fuera aceptada (Vázquez, 1998). Ahora bien, las dificultades encontradas por el hegelianismo y el krausismo en nuestro país no acaban en lo religioso.

En este artículo destacaremos sobre todo los obstáculos jurídicos y políticos, derivados de la interpretación de la filosofía jurídica de Hegel, en particular de su concepción del Estado. Una interpretación que vendría determinada por los obstáculos histórico-culturales, derivados del choque de sus respectivas visiones filosóficas con las condiciones históricas de la realidad socio-política vivida por la burguesía liberal española durante la segunda mitad del siglo XIX y principios del XX. Señeramente, centraremos nuestro análisis en torno a estas dos decisivas aristas cortantes (la cuestión religiosa y la jurídico-social) en la difusión del krausismo y del hegelismo, y nos centraremos en la referida a la teoría del Estado, por ser un enfoque que está más relacionado con el contenido filosófico del ideario jurídico krausista-hegeliano y porque consideramos que ahí están *in nuce* razones de envergadura que mejor explican las inclinaciones de la burguesía española hacia un modelo jurídico y social como el planteado por el krausismo.

Su teoría del Estado y la propia naturaleza de su filosofía del derecho –con implicaciones en política y práctica educativa nada desdeñables– hacían que la interpretación de Hegel fuera mucho más controvertida, en particular, por sus soluciones estatalistas,

la cual planteaba serias dificultades para que la filosofía jurídica hegeliana encontrara cabida en la España de la segunda mitad del siglo XIX.

Dedicaremos los siguientes apartados al análisis de aspectos y conceptos clave que la interpretación krausista hace de la obra de Hegel y Krause, prestando especial atención al contexto histórico en que fueron emitidas y recibidas por la burguesía española. Un análisis que nos permita dar una visión mucho más completa y certera de la recepción y asimilación de sus doctrinas y que nos ayude a explicar las limitaciones más importantes que impidieron un hipotético triunfo de Hegel en España.

## 2. UNA DIVERGENTE CONCEPCIÓN DEL ESTADO

Tal y como se planteara en su día en un estudio monográfico de Elías Díaz (1973, pp. 61-62) al preguntarse *¿Por qué Krause y no Hegel?,* desarrollando un pormenorizado análisis con gran riqueza de argumentos y dejando para siempre planteada una pregunta que todavía resuena y que llega hasta nuestros días, posiblemente la marcada distinción que hay entre la teoría del Estado hegeliana y la crítica krausista al modelo centralizador del Estado nos aporte uno de los aspectos más contrastados y mejor diferenciados, de mayores implicaciones políticas y sociales, entre hegelismo y krausismo español; aquella pieza del sistema krausista que mejor nos permite determinar una de las principales razones para explicar la elección de Julián Sanz del Río, padre del krausismo español del cual se conmemora este año el sesquicentenario de su muerte, en pro de esa filosofía frente a las contemporáneas interpretaciones estatalistas de Hegel.

Es indudable que el carácter antiestatista sustentado por la mayoría de la intelectualidad hispana –un rasgo que compartía la filosofía jurídica krausista en materia política y que marcaba una importante diferencia con la filosofía hegeliana– condicionó su influencia, y relegó a un segundo puesto la filosofía estatal unitaria hegeliana que no encontró un movimiento burgués o político con un objetivo de unificar el Estado que le sirviera de soporte. Esto lo expresaba muy bien Lacasta al afirmar que

> nuestros hegelianos no participan –en absoluto– en tal modo anticentralista de ver las cosas. Todos ellos son unitaristas. No es de extrañar que con esta teleología histórica, los Reyes Católicos les parezcan a nuestros hegelianos un verdadero hito en nuestra historia. Son los *unificadores* por excelencia (Lacasta, 1984, p. 279).

El hecho es que este centralismo, como forma de organización política, provocó una reacción generalizada de rechazo entre los movimientos mayoritariamente centrífugos de la sociedad española decimonónica, que de hecho se pronunciaban contra una filosofía jurídica que, como la de Hegel, diera un excesivo protagonismo al Estado en detrimento del individuo o de la sociedad civil. Así, por ejemplo, Francisco Giner de los Ríos retoma las célebres frases de Hegel, donde este afirma que:

> La personalidad del Estado solo es real como persona, en el monarca... este no tiene más que decir sí, y poner sobre la i el punto... el Yo quiero [Según Giner] en Hegel [el rey] representa el 'coronamiento positivo de la arquitectura del Estado, jeroglífico de la razón',

> el que cierra con su Yo la obra del todo, el que pone su firma a la ley, 'el punto sobre la i' (Giner, 1923, p. 208).

Obviamente, Giner no podía estar de acuerdo con este planteamiento y, por ello, enarbola las tesis krausistas para formular su crítica a la *idolatría y superstición del Estado* y realizar la siguiente precisión a esta definición hegeliana para desmarcarse de la fórmula monárquica, al matizar que ese punto sobre la 'i' debe ser un «punto que, en toda obra social, pone en definitiva el individuo, como órgano del todo, pero no un único individuo determinado– el monarca» (Giner, 1923, p. 208).

La formulación de Hegel para Giner no es sino la manifestación de un derecho fabricado a espaldas del pueblo, «como una manufactura, en el consejo de los príncipes o en las cámaras legislativas; [que] no es manifestación real del pueblo mismo, en el cual, [–añade Giner–] a pesar de las hipócritas adulaciones con que unos y otros partidos procuran adormecerlo y amansarlo, solo se ve el *servum pecus*, la masa informe de súbditos, que espera de lo alto, no de su propia energía y vida, la salud» (Giner, 1921, pp. 183-184).

Para los krausistas sería un dislate entender que el gobierno mantiene y conserva un «poder supremo», algo que, Giner explica en estos términos: «El error de llamar 'supremo' a este poder es uno de los resabios de la antigua concepción de la monarquía» (1878, pp. 162-163)[1], que proviene también de la idea hegeliana del poder absoluto del Estado nacional, a la cual Giner opone la soberanía inviolable de individuos, familias, personas sociales, regiones y el supremo límite de la Sociedad de Naciones abarcando a la Humanidad entera. Este absolutismo político derivado de la soberbia del Estado que los krausistas españoles recusan en Hegel vendría pues templado y atemperado hacia posiciones liberales por la filosofía de Krause:

> No puede asombrar, pues, que a la frase que un día pudo pronunciar un hombre, *el Estado soy yo*, contraponga en boca del Estado: *la humanidad soy yo*. Ni es mucho que discípulo tan próximo y tan afecto a Krause como Ahrens, diga: 'La doctrina menos satisfactoria y que es hasta peligrosa es la de Hegel y su escuela, que consideran al Estado como la cabeza de la sociedad o como la unidad y el orden de todas las esferas particulares, clases, corporaciones' (Rivacoba, 1963, pp. 104-105).

Ahora bien, los krausistas no fueron las únicas voces aisladas que defendieron posturas anti-estatistas en España, ni puede considerarse monopolio del programa krausista, sino que el rechazo del estatismo fue asumido por otros sectores no directamente asociados a la órbita krausista, llegando a ser incluso la nota común entre la intelectualidad ideológica de izquierdas y derechas.

1. Según viene expuesto por Giner con toda claridad en sus anotaciones a la *Enciclopedia Jurídica* de Ahrens: «El poder del jefe del Estado (cualquiera que sea la forma en que este poder se organice) es, ni más ni menos que los restantes, un instrumento, un medio, una función dependiente y subordinada al todo del Estado, por más que, al igual también de aquellos, ejerza la misión reflexiva y artística que, en orden a sus peculiares fines le está confiada para interpretar el sentido reinante del Estado» (1878, p. 139).

> Cuando Sanz del Río fue a Alemania, el krausismo se encontraba todavía –aunque por poco tiempo ya– en la *dirección de la historia* de Europa, como diría un marxista, porque se alzaba, continuando en el terreno metafísico, contra la exaltación hegeliana del Estado. Durante estos años, por reacción filosófica contra Hegel, y en España, además, por reacción política frente al centralismo moderado, todo el mundo, y entre nosotros *toda la izquierda* (e incluso la extrema derecha tradicionalista) era *antiestatista* (Aranguren, 1965, p. 142).

Fueron muchas las opiniones centrífugas en el contexto intelectual hispánico de la época que buscaban también reestructurar el Estado sobre bases que anularan su omnipotencia. De hecho, el estatismo había sido criticado y rechazado como una corriente injusta e invasora por la mayoría de intelectuales y políticos decimonónicos que creían que el problema del Estado español no era precisamente el de la defensa de la monarquía ni el de la unificación del Estado ya que, en resumidas cuentas, «en España no se perseguía *zurcir* ningún Estado» (Lacasta, 1984, p. 318), utilizando aquí una metáfora del laborioso trabajo, casi de hilandera, para zurcir ese tapiz, esa compleja y plural trama del tejido social. Por el contrario, una de sus circunstancias más particulares y que más han condicionado nuestra historia ha venido marcada por las tendencias *centrífugas* y anti-estatistas que venían a sujetar sus competencias –cuestión problemática de nuestra historia, no resuelta satisfactoriamente, que llega hasta nuestros días en el caso catalán y vasco– y que marca la nada fácil situación de las contradicciones de la España periférica frente al centralismo y al unitarismo como modos de dominación política y de entender la historia. En efecto, «nadie podrá negar la actualidad de ideas que se dejan acompañar muy bien con la música krausista. Se perciben ráfagas de esas ideas en nuestra Constitución de 1978, en el proyecto de un Estado de las autonomías en conexión con la Europa de los pueblos, en la ideología del federalismo, en muchos principios del Derecho, etc.» (Bueno, 1999, p. 73).

## 3. CONDICIONES HISTÓRICAS DE LA REALIDAD SOCIO-POLÍTICA ESPAÑOLA

A ello se suma otro vector importante, y es que la lectura que se hizo de Krause y Hegel por parte de sus seguidores españoles fue fundamentalmente *en clave política*, lo cual tuvo también como consecuencia que el interés se fijara, no tanto en un acercamiento imparcial a su sistema filosófico en cuanto tal, sino en un uso interpretativo como forma de ideología o como teoría social coherente para superar definitivamente el antiguo régimen y ligarse al compromiso político de una burguesía española comprometida con la constitución de un Estado moderno. Abona esta tesis la circunstancia coyuntural de que el uso fragmentario que de ella hicieron determinados juristas y políticos españoles tuviera un propósito ajeno al del frío análisis de una investigación imparcial. Así viene expresado por Gonzalo Díaz en su estudio sobre *Hegel en las letras españolas*, al señalar que el ideario hegeliano tuvo una resonancia «mucho más efectiva en las actas parlamentarias que en los círculos auténticamente académicos universitarios» (Díaz, G., 1981, p. 139). Esto explica que el futuro y el devenir del hegelismo en España haya

estado ligado inexorablemente a la suerte política y al lento ascenso de la burguesía en nuestro país, una influencia cuya mayor o menor intensidad atraviesa diversas fases a lo largo de los momentos históricos que marcan la segunda mitad del turbulento siglo XIX.

Recordemos que es durante esos años '40 y '50 del siglo XIX cuando se produce una primera condensación de este pensamiento que floreció hasta el punto de empezar a hablarse de la «escuela de Krause». En cambio, no se puede hablar de igual modo de la existencia de una «escuela hegeliana», pues ni siquiera el grupo sevillano donde se origina nuestro hegelismo poseyó conciencia para sí de escuela filosófica, no al menos en el sentido fuerte y corporativo que tuvieron los krausistas. El factor de influencia fue tal que hasta se ha llegado a afirmar que «lo que de hegeliano hay en nuestro siglo XIX está, salvo raros casos, impregnado de krausismo hasta en los mismos que se dicen sus discípulos» (Tejada, 1944, p. 29).

Ahora bien, si tuviéramos que dibujar un marco cronológico de nuestro hegelismo jurídico en el siglo XIX[2], tendríamos que empezar señalando, en primer lugar, que el mayor auge de la recepción global de Hegel alcanza su punto álgido durante el sexenio revolucionario, con las dos cabezas más representativas del hegelianismo español: Antonio Emilio Castelar, hegeliano de derechas, y Francisco Pi y Margall, hegeliano de izquierdas. El sexenio revolucionario es un un período en el que se produce una revolución que echa a la monarquía tradicional en 1868, y que da origen a un periodo democrático, caracterizado por el reconocimiento de libertades y por consagrar una amplia declaración de derechos políticos: como el sufragio universal, el derecho de asociación, la libertad de expresión, la libertad de enseñanza, e incluso, algo que es un hito en la historia constitucional, se reconoce la libertad religiosa en la discusión de la Constitución de 1869. A este respecto, nos gustaría destacar dos realizaciones prácticas, plenamente inscritas dentro de la esfera krausista, que toman cuerpo precisamente dentro del sexenio revolucionario: en primer lugar, su moderna defensa del derecho a la libertad de conciencia y a libertad de enseñanza, en un contexto marcado por una fuerte represión ideológica. En segundo lugar, su oposición contra el viejo régimen político centralista del Estado conservador, que en la variopinta realidad social española del momento se traducía en un movimiento de índole, muchas veces, antiliberal y represora de cualquier filosofía jurídica que se consideraba heterodoxa.

Ahora bien, ¿qué sucede entonces después del Sexenio democrático, cuando el proyecto de la Revolución septembrina fue cancelado por la Restauración borbónica en 1874? Estamos ante un nuevo periodo que supuso el inicio de una etapa en que se puso

2. Uno de los mejores resúmenes lo encontramos en la síntesis que hace Lacasta-Zabalza: «Una primera, la de su recepción o nacimiento en los medios intelectuales sevillanos en los años 50 del pasado siglo; una segunda fase, la de mayor auge, en la que tienen lugar las tentativas hegelianas más consistentes en orden a la sintetización y propaganda de esta filosofía, coincidente con el sexenio revolucionario, y en la que ven la luz los principales trabajos de nuestros hegelianos; y un tercer período, en el que se manifiesta un hegelismo extemporáneo, vinculado políticamente a la restauración canovista y a diferentes revistas y medios culturales de la época; hegelismo que se extingue con el propio siglo y con la crisis general europea que se produce en torno al monismo idealista como filosofía» (Lacasta, 1984, p. 13).

en marcha un proceso de involución política, de represión ideológica y de intolerancia monárquica hacia los intelectuales, que ciertamente no facilitaba la asimilación de un pensamiento extranjerizante como el de la filosofía idealista alemana. Este proceso conservador de restauración canovista supuso un cambio cualitativo en la asunción de nuevas ideologías que terminó en una quiebra del proyecto político de la burguesía liberal en nuestro país, con la práctica desaparición del hegelismo y la represión de la filosofía krausista.

Aún así, el hegelismo no desaparece del todo, pues –como observa Gil Cremades (1975) al describir la pervivencia de este hegelismo durante el periodo de la Restauración– hay excepciones reseñables, algo que presenta como un hecho realmente insólito, habida cuenta de que sus antecedentes históricos eran menos consistentes y menos estables que los del krausismo (Cremades, 1978, p. 65). A diferencia del krausismo que hubo de sufrir una persecución política por parte del régimen canovista –al ser expulsados de sus cátedras y tener que buscar una manera de continuar su proyecto educativo en una institución independiente del Estado –la *Institución Libre de Enseñanza* fundada en 1876 precisamente para proteger la libertad de cátedra y de enseñanza. Pues bien, mientras los krausistas en su conjunto sufrieron una represión política y religiosa de sus doctrinas ilustradas y fueron condenados a la heterodoxia, una variante del hegelismo de derechas sí logró el modo de resistir y de que sus doctrinas se amoldaran a la nueva situación creada por la burguesía conservadora durante la Restauración borbónica. De modo señero, en la posición del hegeliano Antonio María Fabié, quien llegó a ser ministro de Cánovas:

> Un hombre que se incardina plenamente con todas las constantes de la Restauración: admirador de Inglaterra; monárquico; conservador; centralista; aristocratizante; defensor de la propiedad privada y del capitalismo, frente a la izquierda federal y las doctrinas socialistas. En fin, un verdadero ejemplo a lo fin de siglo español; un caso político de proyección restauradora. Y, teóricamente, un Hegel y una Filosofía del Derecho al servicio de la monarquía y de la operación política que inició Antonio Cánovas del Castillo (Lacasta, 1984, p. 216).

Resulta interesante subrayar esta relación entre cierta derivación del hegelismo de derechas con la organización política de la Restauración, porque consideramos que precisamente muchas de las críticas del krausismo al Estado centralizado –y muchos de los reparos que tuvieron en aceptar la filosofía hegeliana– están íntimamente relacionados con el hecho de que el Estado viniera representado en su periodo histórico por el entramado centralizador del caciquismo. Es muy dudoso que el krausismo español hubiese insistido tanto en este principio del *self-government* si no se hubiese desenvuelto en un clima de gran heteronomía política. Como señala, a nuestro parecer, con gran justeza Laporta, «centralismo y estructura caciquil son caracteres íntimamente conexionados y típicos de la organización canovista de la política. Frente a ellos, lo que plantea la filosofía jurídica krausista es la descentralización y lucha anticaciquil, que son constantes de su pensamiento» (Laporta, 1974, p. 181).

Este es un factor de peso que inclinaba la balanza a favor de una filosofía jurídica que, como la krausista, no otorgaba al Estado un papel tan protagónico ni tan unitario

en el entramado social. En tal sentido, la distinción que establecen krausistas como Giner de los Ríos entre Estado oficial y Estado no oficial, y su empeño en trasvasar sus poderes a la sociedad, en un afán de descentralización que plantea un *self-government* no estatalizado, que diluye la «estatalidad» en los cuerpos sociales intermedios e incluso en el individuo, ha de entenderse pues en el marco de las críticas que los liberales krausistas dirigieron a la desvirtuación de los principios democráticos llevada a cabo durante el periodo de la Restauración canovista, con el predomino de una oligarquía y del caciquismo imperante en la época. Solo en esta clave interpretativa pueden comprenderse las palabras de Francisco Giner contra el Estado que todo lo quiere controlar y que asfixia las libertades modernas:

> Es, pues, necesario, para la salud de la vida pública, hacer que retrocedan de nuevo todas esas fuerzas, desde la cabeza tan sobrecargada a los miembros, con lo que entonces se conseguirá igualmente desviar tantas y tantas aspiraciones, hoy dirigidas a la política, hacia las demás esferas sociales, cosa, en verdad, no menos apremiante. El Estado, hoy, casi ha venido a convertirse en un cuerpo de funcionarios que todo lo quiere manejar, y debe volver a ser más bien el defensor, organizador y mero protector del libre movimiento social (Giner, 1921, p. 258).

Nos parecen muy relevantes estas reflexiones porque lo que muestran en el fondo es que hay una profunda imbricación entre la filosofía krausista y las condiciones políticas y sociales dominantes y determinantes en la España de finales del siglo XIX, en que una burguesía liberal de marcado carácter progresista y democrático precisaba un arma ideológica para hacer frente al régimen autoritario de la Restauración, para lo cual el ideario krausista sirvió como perfecta punta de lanza, pues su objetivo era ampliar la integración social mediante un sistema jurídico más plural, secular, armónico e integrador. Así lo expresa magistralmente Adolfo Posada al enarbolar las tesis krausistas frente al «hegelianismo tan invasor y absorbente entonces por la derecha y por la izquierda» (Giner, 1923, p. VII). Recogemos a continuación este planteamiento formulado por Posada con una claridad expositiva y la facundia propia de la época:

> el Estado –*soberano* y por serlo–, ¿exige necesariamente la total absorción de las formaciones *espaciales* y sociales interiores? El absolutismo monárquico, la concepción napoleónica y el liberalismo abstracto nos impondrían una respuesta afirmativa a la pregunta. El Estado unitario centralizado es la expresión histórica de la absorción espacial por una soberanía –de un Estado–. Pero frente a este tipo ofréncense las soluciones diversas, bien sea las del régimen de *autonomía local, self-government local* (Inglaterra), bien las de las varias formas y temperamentos de la *descentralización* (Posada, 1893-1899, p. 162).

Este marcado compromiso del krausismo español con el derecho social extra-estatal es constitutivo y tiene su raíz en la filosofía jurídica del propio Krause, cuya concepción del Estado entraña su diferenciación de la sociedad, la cual comprende todas las formas humanas de unión y cooperación humanas terrenas armonizadas en la idea de una *Alianza de la Humanidad* universal hasta abarcar la Sociedad de Naciones. Cuando a Krause le preguntan si «¿identifica el Imperio de la Humanidad (*Reich der Menschheit*) con un Estado? El responde que en ningún caso (*keineswegs*), porque el Estado no es más

que una parte integrante y subalterna (*untergeordnet*) del Imperio de la Humanidad» (Krause, citado en: Gurvitch, 2005, p. 496). De ahí que el *Ideal de la Humanidad* krauseano rechace la teoría de un Estado dominante sobre los restantes, y apueste por una federación de asociaciones universales sin sacrificio de su universalidad.

Este esfuerzo para limitar de forma jurídica el Estado oponiéndolo a la sociedad organizada, de hacer prevalecer las asociaciones de colaboración a las de dominación, surge ya en la Alemania del siglo XIX de la mano de Krause y Fichte y –tal y como subraya Georges Gurvitch– parte de una inspiración netamente anti-hegeliana que reprocha a la filosofía social de Hegel el individualismo de sus premisas y el estatismo de sus conclusiones:

> es muy lógico que los juristas alemanes inspirados por Hegel hayan abandonado completamente la distinción entre la Sociedad y el Estado y que hayan hecho valer, en sus construcciones jurídicas, esta *amalgama del misticismo estatista* y del *derecho romano*, que es el centro mismo del pensamiento hegeliano. Gerber el fundador de la escuela del *formalismo jurídico*, esa doctrina insulsa y desastrosa, que reduce toda la complejidad de la realidad jurídica a voluntad dominante del Estado (*Herrschaft*), se vincula directamente a Hegel, aun declarándose heredero del derecho romano. Hegel es el verdadero inspirador de todos estos: Laband, Zorn, Seidel, Bornhak, hasta Kelsen, quienes, incapaces de pensar de otra forma que no sea según las categorías jurídicas del derecho romano, se muestran completamente ciegos en cuanto al orden jurídico extra-estatal (Gurvitch, 2005, p. 488).

Por el contrario, los krausistas españoles, en fiel seguimiento de Krause, confieren a la sociedad civil otro sentido completamente distinto al *misticismo estatista* de Hegel al oponer sociedad y Estado y distinguir en el interior de la sociedad extra-estatal una gran multiplicidad de asociaciones equivalentes que representan diversos aspectos del interés común. Así viene expresado por Jiménez Landi, para quien la idea del krausismo sobre la soberanía, propicia una comprensión de la sociedad como «un todo orgánico mediante el cual se superan tanto el individualismo como el estatalismo de Hegel» (Landi, 1978, p. 8). Veamos cómo se desarrolla esta doble oposición a las tesis hegelianas en la sección siguiente.

## 4. BIFRONTE REACCIÓN ANTIHEGELIANA: CONTRA EL INDIVIDUALISMO DE SUS PREMISAS Y EL ESTATALISMO DE SUS CONCLUSIONES

Por un frente, los krausistas españoles reaccionan contra el individualismo liberal, reafirmando el 'derecho de asociación' que se proclama legalmente en la Constitución de 1869; un derecho social que evita caer en la completa disolución del individuo en el Estado, pues la concepción liberal organicista del krausismo afirma en todo momento la impostergable autonomía del sujeto y de las diferentes personas sociales. En tal sentido, los krausistas ponen el acento en lo individual, como oposición a un intervencionismo estatal que supone la disolución del individuo en lo absoluto, pues –como explica Giner– «el idealismo, con efecto, propende a olvidarse de los individuos,

insistiendo, por el contrario, en el valor de la unidad ideal que sirve de núcleo a la persona. Hegel, cuyo punto de vista lo lleva a identificar la sociología y la ciencia del derecho, no estudia en esta, sin embargo, la naturaleza general de las personas sociales» (Giner, 1923, p. 77).

En este aspecto de su filosofía del derecho encontramos otro punto de diferenciación entre el sistema de Hegel y Krause, pues como señala Rodríguez de Lecea, hay un «punto de partida básico para Krause: la conciencia individual, [que] se pierde en el sistema hegeliano en beneficio de una verdad total, absoluta, de la que el individuo es únicamente parte y a la que debe supeditarse: el ciudadano supeditado a los intereses del Estado» (1989, p. 25). La lucha krausista para salvaguardar la autonomía del sujeto se traduce pues en una lucha contra la exaltación hegeliana del Estado donde el individuo quedaría subsumido. A este *super-individualismo jurídico de carácter jerárquico* dominado por el Estado se reviere Gustav Gurvitch en una descripción que consideramos oportuno reproducir aquí textualmente para aclarar el significado de su doctrina:

> El gran dialéctico del 'universal concreto', el mismo Hegel no ha logrado salir de este círculo vicioso. […] Su oposición al derecho abstracto (tesis) y a la 'moral concreta' (síntesis) que se realiza en el Estado omnipotente, no es en el fondo, desde el punto de vista jurídico, sino la repetición de la alternativa tradicional del derecho romano: *dominium-imperium*, poder del individuo aislado en pequeño (coordinación), poder del individuo aislado en grande (Estado, subordinación) de imponer su voluntad propia respectiva. Esta voluntad se impone, para Hegel, sea a los otros individuos, sea a la «Sociedad civil», concebida como un simple agregado de voluntades mecánicas y no como una verdadera totalidad concreta, autónoma y espontánea. Hegel se muestra enteramente incapaz de formular la idea del 'universal concreto' en términos jurídicos; ha permanecido enteramente individualista en su teoría del derecho: él ha fundado un super-individualismo jurídico de carácter jerárquico (Gurvitch, 2005, pp. 8-9).

Animados por la honda visión krausista de la *societas* o del *Corpus Mysticum* que retoman de Francisco Suárez, como un mundo plural orgánico que considera lo humano como una unidad, los krausistas hacen frente a la falsa dicotomía que enfrenta individuo y Estado, una oposición sobre la cual gravitan las equivocadas consecuencias del individualismo economicista del siglo XIX que Giner combatió.

Así pues, frente a los conceptos de individuo y contrato del liberalismo clásico, los krausistas anteponen los de persona y comunidad. Ya no es el *individuo cristal* del individualismo hegeliano que –en la óptica krausista– se quiebra fácilmente por el puro aislamiento de sus propios intereses egoístas, sino, por así decir, el *individuo astro* en la órbita del organicismo social krausista; un astro que es centro y a su vez parte integrante de un todo, dotado de personalidad y capacidad jurídica, y al que Giner considera como un *Estado individual*; algo que representa las señas de identidad del krausismo, para el cual, como vemos, se trata en realidad de combinar de manera integradora esas posiciones entre el Estado (nacional) con los otros estados intermedios sociales (las

personas sociales totales y especiales) y el Estado individual que Giner reconoce en la esfera de conciencia de cada individuo y que también es Derecho[3].

Por otro frente, reaccionan también contra un centralismo situado en el estatismo hegeliano, con el que los krausistas no podían estar de acuerdo. Según Giner, los estatalistas incurren, «con Hegel y con Spencer a la par, en la preocupación de no reconocer en la sociedad otro vínculo unificador, otra 'fuerza centrípeta' que la política: como si todas las energías sociales no lo fuesen, cada una –como el Estado mismo– a su modo y dentro de su esfera, y ante todo, el sentido de la comunidad y solidaridad de nuestro ser, el sentido de la Humanidad, que antes de constituir una idea reflexiva, un principio de razón, es ya un instinto poderoso» (Giner, 1923, p. 199). Así lo expresa Adolfo Posada al tratar de las diversas teorías del Estado, especialmente al ocuparse de la hegeliana, donde pone de manifiesto las suspicacias que muchos krausistas guardaban hacia el estatalismo:

> Modernamente, la misión moral del Estado culmina en Hegel, que lo concibe como 'la realidad de la idea moral'. […] Hay en el Estado, sin duda, una misión moral; pero ¿cómo contribuye el Estado a realizar la moral en la vida? ¿Se ha de dar al Estado, poder de dominación, la misión de definir e imponer por ley la sanción moral de la conducta? Un paso más, y el Estado estará al servicio de intereses confesionales (Posada, 1893-1899, p. 208-209).

Esta deriva del Estado hacia *intereses confesionales* que –de seguir los principios delimitados por la filosofía jurídica hegeliana– podría desembocar inexorablemente en un Estado-Dios, minando de modo preocupante la libertad de expresión o de enseñanza, justificaría o al menos explicaría en parte, el rechazo del pensamiento krausista hacia la monopolización del poder en un Estado fuerte y centralizado que pudiera atentar contra la posibilidad de una libre elaboración del ideal moral en la sociedad.

Esta preocupación por la deriva que podría tomar un Estado que se funde al servicio de Dios fue una tendencia generalizada en la España decimonónica y sirve para explicar la motivación de Sanz del Río para importar, no un modelo de Estado férreo y exclusivista de Hegel, sino un Estado como el formulado por Krause cuya propuesta de concordar y limar asperezas y contradicciones entre los diferentes intereses sociales respondía mejor a ese propósito de la burguesía española de hallar una mayor representatividad a través de la democratización y de aumentar las libertades individuales[4].

Naturalmente, la reafirmación que hacen los krausistas de los derechos de la persona, entraba pues en perfecta sintonía con los intereses de una clase social pujante –constituida por la burguesía liberal progresista– que en la España del momento retoma

3. Francisco Giner utiliza la metáfora del individuo astro/cristal al criticar ese pensamiento de los autodenominados *novadores* que, sin acertar a romper los antiguos moldes, buscan «a la antigua, 'el individuo mineral', [y] quiere hallarlo al modo casi de Hegel: en el cristal, que ciertamente no es tal individuo: el ser del individuo mineral es el astro. Por cierto que Spencer mismo llama ya al sistema solar un 'agregado orgánico'». (Giner, 1923, p. 84).

4. «Krause, who emphasized the need for flexible government structures according to the principle of subsidiarity, proved much more attractive. […] So Krause's laterally and vertically malleable federalism seemed indeed a natural choice». (Dierksmeier, 2010, p. 118).

el ideario krausista para realizar, por un lado, sus aspiraciones ideológicas de emancipación y libertad y, por otro, para conciliar su defensa de la propiedad privada y de las libertades individuales, con reformas de índole social y humana que pudieran introducirse en la agenda política de la España decimonónica a fin de proponer innovaciones que abolieran privilegios y redujeran la desigualdad social y la pobreza.

La filosofía jurídica española se halla pues en esta bifronte reacción contra el individualismo liberal, que era la escuela predominante en la primera mitad del siglo XIX, y contra el viejo régimen político centralista del Estado conservador, que en la realidad social española del momento se traducía en un movimiento de índole antiliberal y represor de cualquier filosofía jurídica que pudiera considerarse heterodoxa, al que los krausistas supieron oponer un bien dibujado régimen democrático de pluralidad.

Desde esta óptica, –si atendemos a la interpretación krausista que se hace del concepto hegeliano de Estado– al pretenderse y autodefinirse el krausismo como una filosofía equidistante tanto del individualismo kantiano como del estatalismo de Hegel, su intento de conciliar o de encontrar un punto de conexión entre ambas, hace que el liberalismo progresista defendido por el krausismo adquiera un claro talante democrático y organicista, más afín a la mentalidad de la burguesía liberal española de la época.

## 5. COMPARATIVA HEGEL-KRAUSE EN LA INTERPRETACIÓN DE LOS KRAUSISTAS ESPAÑOLES

La asimilación de la filosofía de Hegel en la prensa diaria, en revistas y libros decimonónicos, da cuenta de la atención que recibió su obra por parte de intelectuales y políticos españoles; en particular, los krausistas mencionan con cierta frecuencia a Hegel. Por ello, nos ha parecido también oportuno dedicar esta sección a revisar los testimonios históricos de los primeros krausistas para exponer cuáles eran sus análisis comparativos entre la filosofía de Krause y la de Hegel, a qué aspectos de la obra de Hegel dirigen sus críticas y cómo razonan su preferencia por Krause. Nos hemos dedicado sobre todo a estudiar las fuentes y testimonios krausistas y, a partir de ahí, hemos trazado una síntesis comparativa entre Hegel y Krause, para estudiar la interpretación –que calificaríamos de conservadora– que los krausistas hacen de la filosofía del derecho de Hegel.

En resumen, podríamos trazar la siguiente síntesis comparativa entre Hegel y Krause, no sin subrayar antes el importante *caveat* de que tales distinciones se hacen siempre en el marco de la interpretación conservadora que los krausistas hacen de la filosofía del derecho de Hegel y en el marco de las mencionadas suspicacias que generaba entre la burguesía española la aplicación de un Hegel estatal y ortodoxo para el contexto decimonónico español:

i) En Krause el Estado es siempre inferior a la moral y siempre está puesto al servicio del derecho; en Hegel, al contrario, el Estado es superior al derecho e idéntico a la moral, de lo cual se deduce –en una interpretación no necesariamente violenta de sus textos– un indudable estatalismo.

ii) En Krause la sociedad opuesta al Estado representa una verdadera totalidad concreta, que tiene su propio orden espontáneo y que tiende a un tipo de corporativismo social emergente de la propia sociedad civil; mientras que en Hegel, la sociedad no es más que una suma mecánica de voluntades individuales y una abstracción artificial del organismo del Estado, que está inserta en la estructura del Estado, donde los individuos y grupos sociales pierden su autonomía funcional y decisoria.

iii) En Krause y en la teoría krausista del *fluido ético,* la sociedad extra-estatal es el soporte de valores positivos específicos y superiores a los que se realizan en el Estado; mientras que en Hegel, el Estado no solo prevalece sobre la sociedad, sino que es incluso la fuente de todos los valores positivos que se manifiestan en ella.

iv) En Krause la vocación del Estado es la de hacerse cada vez menos absoluto, más relativo y dependiente, pues a medida en que se organicen entre sí las demás sociedades interiores y se hacen cada vez más perfectas y libres, se puede llegar hasta el punto de que no sea necesario recurrir a la coacción incondicionada; en Hegel, por el contrario, la vocación del Estado consiste en dominar a la sociedad y en romper su autonomía relativa, para transformarla en uno de sus órganos. En palabras de Fernando de los Ríos, «Para Hegel, todo el Derecho es positivo y lo hallamos contenido en el Estado real-en su forma de Estado social, siendo el Estado quien crea el Derecho; para Krause, todo el Derecho debe ser instaurado por el Estado; pero este no es quien lo crea, no todo el Derecho es positivo; y los círculos de la vida en que el Estado se muestra objetivado van desde el individuo hasta el actual Estado nacional» (Ríos, 1916, pp. 31-32).

v) En Krause hay un esfuerzo por introducir el principio de la totalidad y del pancosmopolitismo en el interior de la esfera jurídica; mientras que en Hegel, hay una concepción individualista del derecho y una interpretación metajurídica de cualquier especie de totalidad.

vi) En Krause, se preserva la idea de la comunidad inorganizada, totalidad puramente objetiva e impersonificable, subyacente en cualquier organización; mientras que en Hegel el super-individualismo del Estado con su voluntad ordenadora, conlleva un imperialismo subjetivista que excluye cualquier posibilidad de totalidades puramente objetivas.

vii) En Krause, «la Política, la ciencia del Estado, es una rama, sustantiva como todas, pero subordinada, de la ciencia general del derecho» (Giner y Calderón, 1916, p. 186), la cual tiene y conserva sus propios contenidos sustantivos, por lo que el krausismo defiende la soberanía del derecho por encima de la ciencia de Estado; mientras que en Hegel, hay una soberanía absoluta del Estado, en palabras de Giner, una *apoteosis del Estado,* que proviene de la omnipotencia y absolutismo de su concepción de la política: «la antigua idea del Estado […] unida al principio de la omnipotencia y absolutismo de la política, ha hecho mayores progresos cada vez, hasta lograr su triunfo supremo en el sistema

filosófico de Hegel […] Pero, por más extendida que se halle, aun en matices algo más suaves esta apoteosis del Estado, tiende la vida a salir de ella en direcciones de día en día más reconocidas por los mismos Estados efectivos» (Giner, 1921, p. 257).

viii) En definitiva, en Krause hay una búsqueda de una síntesis entre el liberalismo, el socialismo y la democracia que le lleva a defender un modelo social antijerárquico, federalista e igualitario; mientras que en Hegel, los valores que prevalecen son el absolutismo, la jerarquía y la autocracia que derivan en rasgos políticos autoritarios y estatistas.

El análisis precedente puede considerarse correcto, a condición de asumir la línea interpretativa de los krausistas españoles, según la cual –como hemos tenido ocasión de desarrollar en apartados precedentes– veían por lo general a Hegel como estatalista, totalitario, prusiano, proclive al absolutismo monárquico, al imperialismo y incluso al confesionalismo.

Cuestión a parte es aquella que permite asentar si la interpretación de Hegel, según se trasluce en los testimonios krausistas, es o no es adecuada o correcta. Desde luego, no es objeto de este estudio calibrar hasta qué punto esta visión krausista de la filosofía jurídica hegeliana, por otro lado tan polémica y controvertida, estuvo acertada, tal propósito excedería con mucho la índole de nuestro trabajo pero sí que nos gustaría, al menos, dejar planteada esta cuestión.

## 6. RAZONES DE LA PREFERENCIA HISPANA POR LA FILOSOFÍA SOCIAL DE KRAUSE CON RESPECTO A LA FILOSOFÍA DE HEGEL

En última instancia, sería interesante sopesar y descifrar si Hegel es un exponente del conservatismo político y si su pensamiento jurídico, en efecto, camina hacia esa peligrosa senda totalitaria tan alejada del liberalismo; o si, por el contrario, esta visión de la obra de Hegel estuvo sometida a todo tipo de distorsiones o lecturas sesgadas de su pensamiento que, de alguna manera, enturbiaron una interpretación más científica y ponderada de su obra. Interesa pues desentrañar este asunto porque posiblemente fueron estas lecturas escoradas o parciales de Hegel las que imposibilitaron de raíz la recepción en España de una filosofía del derecho hegeliana más completa y verdadera en términos liberales.

A esta supuesta deliberada ignorancia –y, de poderse constatar su voluntariedad, culpable ignorancia –de la obra hegeliana en España, apunta Gil Cremades, quien aventura incluso un propósito ideológico y político subyacente a tal desconocimiento, apuntando a la existencia de una torticera asimilación de la filosofía hegeliana por parte de autores krausistas como Giner, cuando hablan por ejemplo del «inhumano sentido de Hegel» (Giner, 1921, p. 154):

> Si no parece muy traído por los pelos, diría que algo de esto hay en la supina y nada inocente ignorancia de Hegel por parte de los krausistas españoles. […] Si una ideología progresista

> y hasta cierto punto secularizadora como el krausismo –al menos dentro de la circunstancia española– juzgaba así de Hegel, habrá que pensar que no solo los reaccionarios fueron entre nosotros enemigos de la 'sociedad abierta'. Hecho tanto más de deplorar si, como presumo, aún no ha salido la cultura española de la 'retórica del humanismo' (Cremades, prólogo en Lacasta, 1984, p. X).

Ciertamente, si nos limitamos a la interpretación del Hegel estatista y totalitario, sin matizaciones, y aún con matizaciones, correríamos el riesgo de meter en bloque en el mismo casillero ideológico un ideario manifiestamente heterogéneo en sus diversas expresiones teóricas, prácticas y políticas. Como señala Elías de Tejada, «la cantera hegeliana da piedras bastantes para todas las fábricas de la ciudad de las teorías políticas» (1944, p. 24); una cantera ideológica de donde los intelectuales y políticos decimonónicos deducen del ideario hegeliano patrones de conducta práctica y soluciones de derecho para un amplio espectro de problemas de la época, en un nexo –no necesariamente mecánico pero sí inescindible– de *theoria cum praxi*, que se manifiesta en un amplio abanico de opciones: desde republicanos a monárquicos, desde restauradores a demócratas o liberales. Es pues imprescindible partir del innegable supuesto de la enorme heterogeneidad ideológica de nuestros hegelianos y de las diferentes lecturas que admite la obra de Hegel. Como viene explicado por el estudio sobre la mentalidad del hegelismo hispánico de Lacasta:

> A mi juicio, la caracterización política del hegelismo español, hay que realizarlo *cum grano satis*. No se puede operar de un modo homogéneo, sino heterogéneo, manifestando que al lado de un hegelianismo republicano, hay un pensamiento claramente monárquico en Fabié, y un ideario liberal en la teoría, y republicano posibilista del partido de Emilio Castelar en la práctica, en el caso del catedrático Antonio Benítez de Lugo. En cuanto al pretendido 'no totalitarismo' de nuestros hegelianos cabe señalar la misma apreciación: hay posiciones 'democráticas' hay posiciones liberales, y hay posturas 'estatistas', mitigadas como en Benítez de Lugo, o a las claras como en Fabié. Todo lo cual no es una síntesis ecléctica, sino la constatación de un hecho cierto y variopinto: en el hegelismo español, pese a lo reducido de su ámbito, coexisten un pensamiento demócrata, un pensamiento liberal, y una filosofía restauradora y de derechas (Lacasta, 1984, p. 307).

En todo caso, el hecho de que la obra de Hegel no ocupe un lugar protagónico ni fuera objeto de un estudio minucioso en la obra de los krausistas, no obsta para que en efecto Hegel fuera conocido y admirado también entre nuestros intelectuales españoles, desde Sanz del Río hasta Juan Valera o Fernando de los Ríos, quien estudia más en detalle la obra de Hegel y se dirige a él en términos elogiosos, ensalzando su filosofía al aunar el enfoque de Krause y Hegel frente al del formalismo jurídico. Según Fernando de los Ríos, ambos pertenecen a una «época de esplendor en la filosofía del Derecho representada por Fichte, Hegel, y Krause, y consideran que no es posible determinar la esencia del Derecho mediante un principio exclusivamente lógico» (1916, pp. 92-93).

El señalado vacío de la filosofía del derecho de Hegel en la obra de krausistas españoles y el modo puramente periférico en que se acercaron a su filosofía jurídica mediante breves alusiones en la *Enciclopedia jurídica* de Ahrens o en los *Resúmenes*

*de Filosofía del Derecho* de Giner, así como la escasez de escritos que los krausistas en general dedicaron de manera monográfica a su obra, siendo este una referencia obligada en cualquier cultura filosófica amplia y madura, quizá haga sospechar que tal vez los krausistas no mostraron gran interés por dotar a sus obras de una visión profunda y rigurosa de la filosofía jurídica de Hegel.

Ahora bien, ¿Cabe pensar en que la posibilidad de una interpretación de un Hegel liberal y no estatista, hubiera encontrado una mayor correspondencia con el sistema de ideas de la burguesía liberal española? Varios estudiosos se han planteado la posibilidad de un Hegel con estas características. Por ejemplo, Elías de Tejada ha mostrado su interés en autores que miran a Hegel «a través del color del cristal constitucional y progresista» (1944, p. 26) e Ignacio Lacasta habla, no ya de la posibilidad, sino del intento real de asimilar en España a un Hegel jurídico sin interpretaciones estatistas, es decir, un Hegel sin *Filosofía del Derecho*. Más específico es Elías Díaz, quien opina que hubiera sido más acertada esta interpretación liberal española de la filosofía jurídica de Hegel por su defensa de las libertades, que él describe al estilo de Ernst Bloch, indicando que «Hay un Hegel liberal –dirá, en efecto, Bloch– que no llegó a talar del todo el árbol de la libertad plantado en su juventud ni a olvidar por completo a Rousseau» (Díaz, E., 1973, p. 33). Es más, no solo hubiera sido más atinada esa interpretación liberal de Hegel, sino incluso llega a plantearse que, si pudiéramos retroceder en el tiempo y nos fuera dado elegir de nuevo, muchos autores españoles coincidirían en señalar que hubiera sido preferible una amplia recepción del *Hegel liberal* en lugar del *Krause liberal:*

> se coincide en lamentar y añorar, al menos verbalmente, aquella no sobrevenida elección: Hegel en lugar de Krause. Y lo mejor hubiera sido –se dice además casi unánimemente por la filosofía liberal progresista– que Sanz del Río y sus seguidores hubiesen acertado adhiriéndose precisamente a esa interpretación liberal de la filosofía hegeliana. Incluso los conservadores parecen, o dicen, preferir el Hegel liberal al Krause liberal. Resulta de aquí la opinión enormemente generalizada (y de la cual yo modestamente participo) para la cual la incorporación y 'amplia' difusión de un Hegel liberal en el pasado siglo habría constituido un acontecimiento enormemente positivo en la cultura y en la política española contemporánea (Díaz, E., 1973, p. 34).

Sobre este tema hay gran diversidad de opiniones, en cualquier caso, a nuestro modo de ver, la cuestión de fondo a este planteamiento es si, en efecto, una lectura liberal de Hegel –en caso de haberse dado de modo mayoritario, coherente y unánime– hubiera podido arraigar en la cultura española con igual intensidad con que prendió la llama el krausismo entre nosotros. Para decirlo con otras palabras, de no haber sido catalogado monográficamente el hegelismo español según una versión metafísico-teológica conservadora, ¿encontraría esta reinterpretación liberal y secular del espíritu hegeliano adhesión o resistencia entre la intelectualidad hispánica? Lo que nos preguntamos es si, en definitiva, ¿sería capaz el hegelismo hispánico de influir para que se llevara la revolución liberal en España a un término consecuente con sus principios jurídicos? A nuestro modo de ver, este es el tema clave.

Sin entrar ya en la cuestión de si el análisis que realizan los krausistas españoles de la filosofía jurídica hegeliana es una interpretación maniquea y perversa o si, por el contrario, rezuma ponderación; con independencia de si estamos de acuerdo o en desacuerdo con la filosofía jurídica hegeliana, consideramos que difícilmente podría configurar este ideario una meta social a la que pudieran aspirar los inquietos pensadores españoles que acababan de sufrir la dura represión de la restauración canovista. Ciertamente, el momento histórico condicionó la interpretación de Hegel en un sentido conservador y ello no facilitó su asimilación en España.

Sin embargo, consideramos que esta no fue la única, ni mucho menos la causa principal, que condicionó su influencia en España. Consideramos que el hecho de que el krausismo alcanzara una difusión tan amplia y exitosa obedece más a virtudes intrínsecas a la propia filosofía jurídica krausista que a motivaciones extrínsecas, de inercia histórica o meramente accidentales y coyunturales.

Debe recordarse que el hecho de que Krause defendiese una teoría del Estado que propugnase la constitución de un tejido social plural, participativo, rico en organizaciones sociales intermedias, facilitaba sin duda la defensa del derecho de asociación, el derecho a la propiedad privada, la cuestión social, la realización del individuo en todos los aspectos, desde el cuidado de sus libertades básicas, la libertad de pensamiento, de educación y la libertad de cátedra, hasta sus libertades civiles, de asociación, de comercio, etc. elementos todos ellos irrenunciables, respaldados por motivaciones de orden práctico de primer orden, que representaban valores prioritarios para la burguesía más avanzada del momento y oportunidades concretas para el desarrollo y maduración de sus proyectos de progreso y reforma social en todos los ámbitos.

No cabe duda pues de que la elección que Sanz del Río hizo del sistema filosófico de Krause era la más adecuada para el momento que estaba atravesando la España del siglo XIX y que ello venía dado –como se ha tratado de exponer en apartados precedentes– por un doble condicionante: pues junto a su afinidad filosófica y espiritual con la sensibilidad religiosa tradicional de la cultura española, que les llevó a triunfar donde otras doctrinas hubieran fracasado (Almoguera, 2017), se encontraban también las implicaciones de carácter ético o práctico que sirvieron de base a las minorías intelectuales de nuestro país que secundaron el krausismo para dar forma a un proyecto de reforma social de enormes implicaciones políticas, educativas y sociales.

Así, su concepción sobre las limitaciones de la intervención del Estado, su amplio y plural concepto de la soberanía social y su definición de la autonomía y competencias del sujeto jurídico, representan una virtud incontestable del krausismo, que posiblemente lo convierten en el mejor aliado que un amplio sector de la burguesía española decimonónica podría encontrar.

Como apuntan audazmente Enrique Ureña y Pedro Álvarez en un lúcido estudio sobre *La actualidad del krausismo en su contexto europeo*, no es cierto que la filosofía krausista fuera una filosofía menor ni que, de toda la filosofía idealista alemana, «fuera un esqueje secundario y apenas apreciado en su patria, el que se trasplantó a España» (Rivacoba, 1963, pp. 104-105), sino que en la cantera filosófica del krausismo se

pudieron hallar los elementos necesarios para cumplir con su propósito de sacar adelante revolucionarias propuestas de reforma sociales para la España decimonónica, una filosofía que representó un fenómeno de dimensiones europeas que ha tenido y sigue conservando un profundo significado educativo, jurídico y social en nuestro país[5].

## 7. BIBLIOGRAFÍA

Ahrens, E., 1878: *Enciclopedia Jurídica o Exposición orgánica de la ciencia del derecho y del estado*; versión directa del Alemán, con notas críticas y un estudio sobre la vida y obras del autor, por Francisco Giner, Gumersindo de Azcárate y Augusto G. Linares, tomo I, Madrid: Victoriano Suárez.

Almoguera Carreres, J., 2017: «Derecho natural Krausista y Derecho natural Escolástico (A propósito de un libro de Delia Manzanero)», *Bajo Palabra. Revista de Filosofía*, ISSN 1576-3935, vol. 17, pp. 229-252. DOI: https://doi.org/10.15366/bp2017.17.011

Álvarez Lázaro, P. F. y Ureña, E. M. (eds.), 1999: *La actualidad del krausismo en su contexto europeo*. Madrid: Editorial Parteluz, Fundación Duques de Soria, Universidad Pontificia Comillas. (LKM n.º 16).

Álvarez Lázaro, P. F. (ed.), 2019, *Los límites del Estado,* Madrid: Publicaciones de la Universidad Pontificia Comillas. (Colección LKM)

Aranguren, J. L., 1965: *Moral* y *sociedad. Introducción a la moral social española del siglo xix,* Madrid: Edicusa.

Bueno Sánchez, G., 1999: «Historiografía del krausismo y pensamiento español», en: Pedro. F. Álvarez Lázaro y Enrique Menéndez Ureña (eds). *La actualidad del krausismo en su contexto europeo* (pp. 37-74) Madrid: Editorial Parteluz, Fundación Duques de Soria, Universidad Pontificia Comillas.

Gil Cremades, J.J., 1975: *Krausistas y liberales*, Madrid: Seminarios y Ediciones.

Gil Cremades, J.J., 1978: «El pensamiento jurídico en la España de la Restauración», en: VV.AA., *Restauración monárquica de 1875 y la España de la Restauración*, Madrid: Biblioteca La Ciudad de Dios.

Dierksmeier, D., 2010: «Krausism», en: S. Nuccetelli, O. Schutte y O. Bueno, *A Companion to Latin American Philosophy*, USA: Blackwell Publishing.

Díaz Díaz, G., 1981: «Georg Wilhelm Friedrich Hegel en las letras españolas. Nota bibliográfica», *Logos: Anales del Seminario de Metafísica*, ISSN 1575-6866, Nº 16, pp. 137-154.

Díaz, E., 1973: *La filosofía social del krausismo español*. Madrid: Cuadernos para el diálogo.

5. Son ya muchas las «recientes investigaciones y publicaciones [las que] han ayudado decisivamente a sentar la falsedad de esta imagen. Para ello han sacado a la luz, con mayor precisión y claridad que nunca, la inusitada riqueza de la trayectoria vital e intelectual de Krause; han demostrado la coherencia, el rigor y el alcance filosóficos de primera magnitud de que está dotado el sistema krausiano; han dado a conocer la existencia de un krausismo alemán, con importantes repercusiones en diversos ámbitos, hasta bien entrado el último tercio del siglo xix». (Álvarez y Ureña, 1999, pp. 11-12). Recordemos que los autores de esta obra fueron fundadores del Instituto de Investigación sobre Liberalismo, Krausismo y Masonería (ILKM), un centro de investigación que desde finales de 1989 ha aportado importantes y originales estudios al estado de la cuestión, la más reciente es una enjundiosa obra colectiva sobre *Los límites del Estado* (Álvarez, 2019).

Giner de los Ríos, F. y Calderón Arana, A. (1916). *Prolegómenos del derecho. Principios de derecho natural.* OO.CC., t. I, Madrid: Imprenta de Julio Cosano.

Giner de los Ríos, F., 1878: «Notas sobre la vida y obras de Heinrich Ahrens», en: H. Ahrens, *Enciclopedia Jurídica o Exposición orgánica de la ciencia del derecho y del estado*; versión directa del Alemán, con notas críticas y un estudio sobre la vida y obras del autor, por Francisco Giner, Gumersindo de Azcárate y Augusto G. Linares, tomo I, Madrid: Victoriano Suárez.

Giner de los Ríos, F., 1921: «La política antigua y la política nueva (1868-1872)», en: Id. *Estudios jurídicos y políticos*, OO.CC., t. V. Madrid: Imprenta de Julio Cosano.

Giner de los Ríos, F., 1923: *La persona social. Estudios y Fragmentos*, tomo I, OO.CC., t. VIII, Madrid: Imprenta de Julio Cosano.

Gurvitch, G., 2005: *La idea del Derecho Social. Noción y sistema del Derecho social. Historia Doctrinal desde el siglo XVII hasta el fin de siglo XIX*, Edición, traducción y estudio preliminar «La idea del "Derecho social" en la teoría general de los derechos: el pensamiento de Gurvitch» de José Luis Monereo Pérez y Antonio Márquez Prieto. Granada: Comares, Colección Crítica del Derecho, Sección Arte del Derecho.

Jiménez-Landi Martínez, A., 1978: *Soberanía, Estado y Constitución en el pensamiento de Giner de los Ríos*, Madrid: (ed. del autor).

Laporta, F., 1974: *Adolfo Posada: Política y Sociología en la crisis del Liberalismo español*, Madrid: Cuadernos para el Diálogo, Edicusa.

Lacasta Zabala, J. I., 1984: *Hegel en España: un estudio sobre la mentalidad social del hegelismo hispánic*o. Madrid: Centro de Estudios Constitucionales.

Menéndez-Pelayo, M., 1978 [1880-1882]: «II - El krausismo. -Don Julián Sanz del Río; su viaje científico a Alemania; su doctrina; sus escritos hasta 1868; sus principales discípulos», en: Id., *Historia de los heterodoxos españoles. Heterodoxia en el siglo XIX.* Madrid: La Editorial Católica.

Posada, A., 1893-1899: *Tratado de Derecho político. Derecho constitucional comparado de los principales Estados de Europa y América,* 5ª ed., Madrid: Librería General de Victoriano Suárez.

Rodríguez de Lecea, T., 1989: «El krausismo y Latinoamérica», en: T. Rodríguez de Lecea et. alt., *El krausismo y su influencia en América Latina*. Madrid: Fundación Friedrich Ebert / Instituto Fe y Secularizad, pp. 21-46.

Ríos Urruti, Fernando de los, 1916: *La Filosofía del Derecho en Don Francisco Giner y su relación con el pensamiento contemporáneo*. Madrid: Biblioteca Corona.

Rivacoba y Rivacoba, M., 1963: *Krausismo y Derecho*, Argentina: Librería y Editorial Castellví.

Tejada, F. E. de, 1944: *El hegelismo jurídico español*. Madrid: Editorial Revista de Derecho privado.

Vázquez-Romero, J. M., 1998: *Tradicionales y moderados ante la difusión de la filosofía krausista en España:* Madrid: Publicaciones de la Universidad Pontificia Comillas, Unión Editorial.

Doxa. Cuadernos de Filosofía del Derecho, (2020), *43*
e-ISSN: 2386-4702 | ISSN: 0214-8676

# El alcance justificatorio del consentimiento tácito. El problema de Locke y la lógica del beneficio

## The Scope of Justification of Tacit Consent. Locke's Problem and the Logic of the Beneficial

Matías Parmigiani

**Autor:**
Matías Parmigiani
CONICET – UNC, Argentina
matiasparmigiani@gmail.com
https://orcid.org/0000-0002-5462-5781

**Recibido:** 7-06-2019
**Aceptado:** 11-12-2019

**Citar como:**
Matías Parmigiani, (2020). El alcance justificatorio del consentimiento tácito. El problema de Locke y la lógica del beneficio. Doxa. Cuadernos de Filosofía del Derecho, *43*, pp. 103-132. https://doi.org/10.14198/DOXA2020.43.05

**Licencia:**
Este trabajo se publica bajo una Licencia Creative Commons Atribución 4.0 Internacional.

© Matías Parmigiani

**Resumen**

Afirma John Locke en el Capítulo VIII de su *Segundo tratado sobre el gibierno civil* que «todo hombre que tenga posesiones o disfrute de alguna parte de los dominios de cualquier gobierno, está por ello dando su *tácito consentimiento* de sumisión». Según esta tesis, quien es beneficiado mediante cierta forma de trato, brindaría por eso mismo una suerte de consentimiento tácito al mismo, a menos que exprese lo contrario. El objetivo de este trabajo consiste en analizar críticamente el vínculo que establece Locke entre el consentimiento y la idea de beneficio. Para ello, apelaré a una semántica centrada en las razones personales o agencialmente relativas para actuar, que son las que explican en última instancia, según argüiré, el poder justificatorio del consentimiento en los distintos ámbitos normativos de nuestra vida.

**Palabras clave**: consentimiento; Locke; bienestar; razones impersonales; razones personales.

**Abstract**

In Chapter VIII of his *Second Treatise on Government* John Locke claims that «if a man owns or enjoys some part of the land under a given government, while that enjoyment lasts he gives his *tacit consent* to the laws of that government.» According to that claim, whoever is benefited through a certain form of treatment would offer for that very reason a kind of tacit consent to it, unless s/he expresses the contrary. The goal of this paper is to critically analyze the link between consent and the idea of the beneficial as figured out by Locke. To this end, I will appeal to a semantics centered on personal or agent-relative reasons for action, which are the reasons that ultimately explain, as I will argue, the justificatory power of consent in the different normative domains of our life.

**Keywords**: consent; Locke; well-being; impersonal reasons; personal reasons.

«Me han regalado un diamante
Y no sé qué hacer con tanta luz»
(Diamante, Jorge Fandermole)

La noción de «consentimiento» ocupa un lugar central en el mundo moderno, al punto de que muchos autores han llegado a considerarla como la idea ético-política fundamental (*cf.* Müller y Schaber, 2018). Tanto en los ámbitos de la política y el derecho, como así también en el ámbito más informal de la moralidad, ampliamente entendida, esta noción es invocada habitualmente por los actores que allí se desenvuelven. Por lo general tendemos a confiar en ella cada vez que se trata de justificar *cierto tipo* de decisiones y nos parece natural que así sea. Desde luego, qué decisiones específicas nos invitan a ello y de qué modo esta noción alcanza a desempeñar el rol justificatorio que tan naturalmente le adjudicamos son cuestiones difíciles de responder. Al menos desde la Modernidad, la filosofía ha intentado brindar respuestas a estas y otras preguntas relacionadas, evidenciándose algunas contribuciones importantes. El camino recorrido hasta nuestros días es ciertamente extenso y zigzagueante, repleto tanto de avances como de retrocesos. Por tal motivo, pretender dar cuenta del mismo, siquiera a grandes trazos, sería casi impensable. De todos los trayectos que componen este recorrido, el presente trabajo tan solo se ocupará de uno de ellos, dada la relevancia que justificadamente ha sabido ganarse. En particular, me refiero ni más ni menos que al trayecto iniciado por John Locke con su noción de «consentimiento tácito».

En rigor, la noción de «consentimiento tácito» no plantea ni soluciona ningún problema *justificatorio* que la misma noción de «consentimiento» no sea capaz de plantear o solucionar por su propia cuenta. El consentimiento tácito es solo una forma de consentimiento, revestida de sus propias características. Fundamentalmente en filosofía política, pero también en filosofía moral, las dos principales formas de consentimiento que suelen contraponerse son el «consentimiento efectivo» y el «consentimiento hipotético», que representarían los dos extremos de un *continuum* compuesto por otras nociones derivadas de la primera (*cf.* Pereda, 2004). Aunque cada una de estas nociones ha sido diseñada para realizar su propio trabajo justificatorio, tradicionalmente ha llegado a pensarse que la segunda de ellas resulta en principio menos apta para justificar *cualquier* tipo de decisión (Wennberg, 2003; Yaffe, 2018). A mi modo de ver, esto es un error que se advierte desde el mismo momento en que logramos identificar qué se requiere en cada caso. De todos modos, volviendo a la noción de consentimiento tácito, lo importante es que ella, como bien destaca Pereda, no es más que una de las tantas variantes que puede adoptar la noción de consentimiento *efectivo* (*cf.* Pereda, 2004: 103-104).[1] De ser así, es probable que no haya nada en la primera noción que no pueda

1. Escribe Pereda: «si en la reunión de la junta directiva de un club deportivo se pregunta: ¿están todos de acuerdo en que Pedro González sea vocal?, y, como tantas otras veces, nadie dice nada en contra, seguramente

averiguarse estudiando cómo opera la segunda. Pero si aceptamos esta descripción, ¿por qué entonces resulta pertinente focalizarse en la noción de consentimiento tácito y no directamente en la noción de consentimiento efectivo?

La razón tiene que ver, no ya con lo que tiene de distintivo el consentimiento tácito de por sí, sino con algo que Locke llega a sugerir sobre el mismo y que ha ejercido una vasta influencia en la literatura filosófica sobre el consentimiento en general. De hecho, tan vasta ha sido esta influencia que incluso al día de hoy resulta sumamente difícil encontrar enfoques sobre el poder justificatorio del consentimiento que se muestren inmunes a ella. En otro trabajo he postulado la hipótesis de que hay un presupuesto que colorea la mayor parte de los enfoques sobre el consentimiento, el cual viene a afirmar que su poder o o fuerza moral solo alcanzaría a desplegarse cuando estamos ante la presencia de acciones, arreglos o medidas que encierran una *connotación moral negativa*, por resultar incorrectas, perjudiciales, injustas o inequitativas (*cf.* Parmigiani, 2019). Autores como A. Ripstein, por ejemplo, son elocuentes al respecto: «si un acto no es incorrecto –afirma– no se requiere del consentimiento» (2009: 71).

Si bien Locke no se compromete estrictamente con este presupuesto, especialmente en el parágrafo #119 de su *Segundo ensayo sobre el gobierno civil* parecería dar por sentada una idea a la que bien cabría considerar como su fuente inspiradora (al respecto, véase *infra*, sec. 1). Para expresarla en resumidas cuentas, se trata de la idea de que entre las nociones de «consentimiento (tácito)» y «beneficio» existiría una suerte de vinculación analítica, de la que se seguirían dos corolarios: por una parte, el corolario según el cual cada vez que alguien resulta beneficiario de una acción, medida o arreglo, el consentimiento se inferiría tácitamente de dicho beneficio (1); y, por otra parte, el corolario según el cual cada vez que alguien consiente una acción, medida o arreglo, dicho consentimiento, al menos en algún punto, debería conllevar cierta forma de beneficio (2). Puesta a la inversa, la idea también expresaría que entre las nociones de «disentimiento (tácito)» y «perjuicio» existiría una vinculación analítica, de la que se seguirían sendos corolarios respectivos. En la obra de Locke, como veremos, no parece haber nada que lo comprometa con la segunda formulación de esta idea. Después de todo, él emplea la noción de «consentimiento tácito», no la de «*disentimiento* tácito».

---

se está ante una situación en que vale la máxima 'el que calla, otorga'. Esto es, estamos ante un consentimiento efectivo, aunque el consentimiento sea tácito» (2004: 106). ¿Pero qué entiende Pereda por 'consentimiento efectivo'? He aquí su definición: «P da a Q su consentimiento efectivo sobre X si, y solo si, a) P expresa fácticamente a Q su aceptación de X en un tiempo t1 siendo X una acción particular o una clase de acciones claramente delimitada, b) X sucede en t1, y c) P expresa Q 'a título personal', esto es, como agente individual» (*ibíd.*: 103). En cuanto a qué significan los 'consentimientos derivados' y el 'consentimiento hipotético', Pereda escribe lo siguiente: «Mientras que las definiciones de los consentimientos derivados comparten con la definición del consentimiento efectivo la expresión 'P da a Q su consentimiento…', en la definición del consentimiento hipotético se dice 'P da según Q su consentimiento…'; de esta manera, quien o quienes reciben el consentimiento, en el consentimiento efectivo y en los consentimientos derivados, poseen el estatuto de una segunda persona que *comprende* un discurso; en cambio, quien o quienes 'reciben' el consentimiento en el consentimiento hipotético poseen el estatuto de una tercera persona que *interpreta*, a la vez, discursos y maneras de actuar» (*ibíd.*: 105-106).

No obstante, una vez que sometamos los pasajes de Locke al escrutinio de la reflexión filosófica, llegaremos a la conclusión de que la idea parece ser una sola, admitiendo de manera indistinta ambas formulaciones.

El propósito de este trabajo consiste precisamente en decodificar esta idea general, a fin de mostrar qué precauciones interpretativas deberíamos adoptar para no incurrir en los errores que vician el planteo lockeano, pero que también podrían hacerse extensivos a buena parte de los enfoques hoy imperantes en torno a la naturaleza y al poder justificatorio del consentimiento. Desde luego, la noción de consentimiento tácito que Locke emplea en su obra está dirigida a ofrecer una justificación de la autoridad política. Sin embargo, a lo largo de este trabajo prescindiré de esta restricción por dos razones fundamentales: en primer lugar porque, al menos desde Hobbes y Kant, la noción que mayormente ha tendido a dominar la escena de la filosofía política no es la de «consentimiento tácito», sino la de «consentimiento hipotético», que además de poseer sus propios problemas prácticos (al respecto, véase en particular Simmons, 2010: 314 y Yaffe, 2018), no constituye una forma de consentimiento *efectivo* (*cf. supra*);[2] pero, en segundo lugar, porque si bien es cierto que la intención de Locke no puede desvincularse del terreno político, pienso que hay sobradas razones para creer que allí, como bien sostiene RAZ (2001a: 394), la noción de consentimiento no cumpliría más que un papel accesorio o derivado como fuente de justificación.

Como hipótesis principal, aquí sostendré que el vínculo existente entre las nociones de «consentimiento (tácito)» y «beneficio» dista de encerrar el carácter analítico que parece inferirse de algunos pasajes de la obra de Locke, aunque ellas frecuentemente trabajen de manera asociada. La intuición, en todo caso, es la siguiente: puesto que es perfectamente posible disentir de cualquier curso de acción que nos tiene de destinatarios, en principio no hay nada que estemos autorizados a inferir de un acto beneficioso. Pero si es posible *consentir* un acto, medida o arreglo *perjudicial*, tal cual lo predica el enfoque predominante (*cf.* Parmigiani, 2019), como es igualmente posible *disentir de* un acto, media o arreglo *beneficioso*, que es lo que Locke se negaría a aceptar, entonces el poder justificatorio del consentimiento no puede ser deudor de la noción de beneficio, o no al menos de *cierta* noción de beneficio. Según se verá oportunamente, para que el consentimiento tácito pueda imputarse sin dificultades a una persona, y, de este modo, alcance a operar como una fuente necesaria de justificación, urge averiguar cuáles son

2. Simmons incluso se atreve a negar que el consentimiento hipotético represente una forma auténtica de consentimiento: «Decir que la sujeción a ciertas instituciones políticas habría sido acordada por contratantes perfectamente racionales y motivacionalmente sanos no parece más que un subterfugio para decir que esas instituciones son buenas, por gozar de virtudes que serían apreciadas y seleccionadas por unos electores ideales. Formular el punto de esa manera parece tener poco que ver con las premisas justificatorias basadas en lo que realmente hacen las personas de carne y hueso cuando acuerdan someterse a ciertas instituciones políticas. El problema del paternalismo (por caso) es un problema principalmente debido a la tensión básica que existe entre la apelación a lo que las personas realmente eligen y la apelación a lo que resulta mejor (o mejor *para ellas*). Las teorías de la obligación política basadas en el consentimiento hipotético no parecen por eso mismo calificar realmente como teorías *consensuales*» (2010: 314). Una opinión similar puede encontrarse en Dworkin, 1977: 151; Nino 2013: 102; y Klosko 2018: 354.

las *razones personales* que movilizan a dicha persona, incluso con independencia de que el acto o medida que la tiene de destinataria, evaluada desde cierto parámetro objetivo, le reporte alguna clase de beneficio (*cf. infra*, secciones 3 y 4).

A fin de probar esta hipótesis, procederé de la siguiente manera. En la sección 1, comentaré el pasaje del *Segundo ensayo sobre el gobierno civil* en el que LOCKE introduce la noción de «consentimiento tácito», poniendo especial énfasis en la lógica que gobierna a la idea de beneficio. De las consideraciones que allí formule surgirá que Locke está comprometido con dos principios práctico-interpretativos fundamentales. En la sección 2, contrapondré estos principios con un tercero, ajeno a la lógica del beneficio que subyace al planteo lockeano. Allí, además, introduciré la idea de «razones personales» que me acompañará en el resto del trabajo. En la sección 3, ampliaré el significado de esta idea, señalando en qué se diferencia de la idea de «razones impersonales», y explicando cómo trabajan unos y otros tipos de razones en los distintos ámbitos prácticos. En la sección 4, abordaré con algo más de detalle por qué el planteo lockeano resulta problemático para comprender en qué consiste el poder justificatorio del consentimiento. Con esa finalidad, presentaré una alternativa a la idea *estrecha* de «bienestar» que, según sostengo, estaría detrás de la lógica del beneficio que subyace a cierta interpretación del enfoque lockeano. Y en la conclusión, finalmente, repasaré el recorrido efectuado, sugiriendo cómo cabría interpretar el epígrafe que encabeza este trabajo en apoyo del enfoque sobre el poder normativo del consentimiento que juzgo adecuado.

## 1. EN TORNO A LA NOCIÓN DE «CONSENTIMIENTO TÁCITO» EN EL SEGUNDO ENSAYO SOBRE EL GOBIERNO CIVIL: CONSIDERACIONES PRÁCTICAS Y SEMÁNTICAS

Escribe Locke en su *Segundo ensayo sobre el gobierno civil*:

> (…) todo hombre que tenga posesiones o disfrute de alguna parte de los dominios de cualquier gobierno, está por ello dando su tácito consentimiento de sumisión; y mientras siga disfrutándolas está obligado a obedecer las leyes de ese gobierno, igual que cualquier persona que viva bajo el gobierno en cuestión, sean sus posesiones tierras que le pertenecen a él y a sus herederos o las haya arrendado solo por una semana; o esté simplemente viajando libremente por los caminos (#119).

Este pasaje famoso, como bien sabemos, ha generado una enorme disputa interpretativa que aquí nos distraería innecesariamente (al respecto, véase Hampsher-Monk, 1979; Russell, 1986; Simmons, 2001). De cualquier manera, creo que, más allá de qué interpretación juzguemos apropiada, aquel presupuesto compartido por la mayor parte de los enfoques en torno al consentimiento estaría aquí presente. Vale decir, Locke también parece entender que el consentimiento solo se suscita porque el acto que es objeto del mismo encierra al menos en algún sentido un aspecto moral negativo. En el pasaje en cuestión, el acto moral negativo no es ni más ni menos que el acto de

«sumisión», que necesariamente implica una restricción de la libertad. Adicionalmente, Locke advierte que estaríamos ante la presencia de un acto de consentimiento tácito cuando una persona disfruta de ciertos beneficios, como detentar posesiones o disponer de la libertad para desplazarse sin restricciones por un territorio. En este punto, la postura de Locke bien merece compararse con algo que parece ínsito en el enfoque tradicional hoy imperante en torno al consentimiento, pero que sin dudas adquiere forma explícita en las palabras de Ripstein ya aludidas: «si un acto no es incorrecto, no se requiere del consentimiento». Por mor de la argumentación, supongamos que 'incorrecto' pueda leerse aquí como sinónimo de 'perjudicial'. Pues bien, comparada con esta tesis, la postura de Locke sería muy distinta, ya que de ninguna manera estaría afirmando que el consentimiento deviene *innecesario* cuando una persona disfruta de ciertos beneficios. Lo que más bien estaría diciendo es que *el disfrute de ciertos beneficios* por parte de un agente constituye una clara manifestación de que consiente las acciones implementadas por la instancia que se los otorga, en este caso un gobierno. ¿Resulta defendible esta postura?

Para evaluarla en toda su dimensión, son necesarias una serie de precisiones previas a propósito de la noción más general de «consentimiento». Muchos autores piensan que el consentimiento constituye una actitud subjetiva dotada de contenido proposicional, comparable a algunos de nuestros deseos o preferencias. Según estos autores, en la medida en que una persona posea una actitud favorable a cierta acción, medida o arreglo, habrá consentimiento, independientemente de cómo dicha actitud alcance a manifestarse públicamente (*cf.* Alexander, 2014; Hurd, 1996). Hay otros autores, en cambio, para quienes a menos que se compruebe un acto expresivo de dicha actitud subjetiva, no habrá propiamente hablando consentimiento de ningún tipo (*cf.* Kleinig, 2010). Finalmente están aquellos autores que ni siquiera consideran necesario que el acto comunicativo por el que el consentimiento se expresa trasunte una actitud subjetiva. Según estos autores, el consentimiento se identifica con el mismo acto expresivo, compruébase o no una actitud interna que resulte favorable al acto, medida o arreglo en cuestión (*cf.* Barnett, 1986). Dado el objeto temático del presente trabajo, aquí no queda más remedio que suponer la validez de una tesis como la planteada por el segundo grupo de autores. En efecto, si hay algo así como una forma de consentimiento *tácito*, también debe haber una forma de consentimiento *expreso*, y ambas no son ni más ni menos que las dos modalidades expresivas fundamentales que puede adoptar el consentimiento efectivo. Ahora bien, más allá de cuál sea la naturaleza del consentimiento, lo cierto es que todos los autores reconocen que el consentimiento presupone una relación tripartita, en virtud de la cual «un agente X da a otro agente Y su consentimiento para (o sobre) φ» (*cf. supra*, nota n.º 2; además, véase Miller y Wertheimer, 2010).

Como todos podríamos adivinar, la noción de consentimiento tácito plantea problemas semánticos e interpretativos de difícil resolución (*cf.* Simmons, 1993: 83-87; Lloyd Thomas, 1995: 39). Estrictamente hablando, estos problemas no son propiedad exclusiva de la misma. La noción de consentimiento expreso también los plantea, aunque allí el universo de casos que suscitan dudas seguramente tenderá a ser más reducido que el

universo de casos dudosos vinculados a la otra noción. Si «consentir» es, en la jerga de Austin, un verbo *realizativo*, ¿cómo no habrían de surgir dificultades semánticas? Por empezar, ¿con qué indicios ciertos contamos para determinar si mediante la utilización de un realizativo explícito del tipo *'yo asevero…'* (o 'yo consiento…'), por ejemplo, estamos realizando efectivamente una afirmación (o consintiendo) y no, pongamos por caso, una mera puesta en escena para engañar a nuestro auditorio (*animus iocandi*)? ¿Por qué un símbolo como '⊢' no podría ser empleado, tal como otrora supiera hacerlo Frege, para dar cuenta del verdadero carácter asertivo de un enunciado? La famosa respuesta que D. Davidson ensayó para esta pregunta estuvo contenida en su principio de 'autonomía del significado lingüístico': «una vez que una expresión convencional le ha sido asignada a un aspecto del lenguaje, ella puede ser utilizada para servir los propósitos extra-lingüísticos más diversos; la representación simbólica necesariamente fractura cualquier vínculo con propósitos extra-lingüísticos» (1979: 113). Ahora bien, si las dificultades semánticas se plantean incluso en aquellos casos en que el consentimiento alcanza a expresarse en virtud de herramientas lingüísticas convencionales, ¿cómo no habrían de plantearse en mayor medida cuando estas herramientas brillan por su ausencia?

En todo caso, requerimos de soluciones. Puesto que el consentimiento presupone, según hemos reconocido, una relación tripartita, cualquier semántica sobre el consentimiento tácito parece obligada a reconocer el significado contextual que posee toda interacción de persona a persona. Si la interacción vincula a dos completos extraños, las probabilidades de que Y comprenda que X consiente el acto φ que Y le propone a partir de un determinado gesto corporal, por ejemplo, disminuyen considerablemente. Sin embargo, el hecho de que entre ambos agentes pudiera comprobarse una relación de profunda amistad y/o familiaridad tampoco garantiza una interpretación adecuada del acto. Supongamos que X e Y se encuentran en un evento social y que Y se muestra sumamente descortés con X, llamando la atención de la multitud reunida. Para no generar ningún conflicto, X levanta el pulgar y prosigue su conversación con otro de los invitados. ¿Podría interpretarse este gesto como un acto de aprobación al mensaje de su amigo? Hasta no conocer cuáles son los códigos comunicativos imperantes entre estas dos personas, resultará muy difícil responder la pregunta. Pero supongamos que el historial comunicativo existente entre X e Y indicara que cada vez que uno de los amigos levantó el pulgar, fue para comunicar un gesto de aprobación. Guiado por su experiencia pasada, Y lee en el acto de X una aceptación de su descortesía. ¿Hace bien en obrar así? Nuevamente, todo depende qué tipos de actos hayan podido generar gestos similares en el pasado. Si Y nunca tuvo hacia X expresiones similares de descortesía, el significado del gesto ya no resulta igualmente transparente. Pero aunque las hubiera tenido y todas hubieran contado con la aprobación de X, ya fuera tácita o expresa, quizá esta expresión sea única entre ellas, por haberse dado en público o por haber empleado un lenguaje llamativamente soez. ¿Consiente X el acto de Y? En casos así, ni siquiera una semántica denodadamente contextual parece ser de gran ayuda.

En contraposición al principio semántico aquí empleado, que nos insta a preguntarnos por el contexto comunicativo específico que reina entre dos agentes particulares, la semántica por la que se inclinaría Locke en su ensayo detentaría un carácter mucho más monolítico, por ponerlo de alguna forma. «*Todo* hombre que tenga posesiones (…)» en un territorio, postula Locke en aquel pasaje de manera *universal*, «está por ello dando su tácito consentimiento de sumisión» al gobierno en él imperante. ¿Cómo se supone que debemos entender esta suerte de principio interpretativo invariable? En realidad, Locke no está realizando una afirmación temeraria ni mucho menos. Por el contrario, lo que está haciendo parece sumamente razonable. Imaginemos por un momento que X tuviera razones para sentirse profundamente humillado por la descortesía de su amigo. Más aún, supongamos que todos quienes presenciaron dicho acto lo interpretaran como un gesto de humillación inaceptable. A X, sin embargo, las circunstancias lo abruman de tal modo que se siente incapaz de reaccionar de otra manera. Cuando Locke aconseja adoptar un principio interpretativo universal de semejante naturaleza, parece estar haciendo algo similar a lo que haríamos nosotros en este caso en particular si quisiéramos establecer un mecanismo de control objetivo que sirviera para evitar algunas interpretaciones extremas. Pienso sin ir más lejos en un principio como el que podría estipular que

> ***(P1)*** «ninguna acción, medida o arreglo φ, por más que *parezca* suscitar el consentimiento *tácito* de un agente, debe ser moralmente intolerable, característica que se comprueba si hay elementos objetivos de los que se infiera que los perjuicios (materiales, psicológicos, simbólicos, etc.) que ella comporta son insuficientes para compensar sus beneficios. Si la acción, en cambio, resulta moralmente intolerable, solo podrá invocarse el consentimiento *expreso* del agente como fuente de justificación».

En nuestro caso, como hemos visto, este principio bastaría para desmentir una interpretación consensual del acto de X. En el caso de Locke, por su parte, un principio muy similar al mismo parece invitarnos a interpretar algunos beneficios humanos, como la posesión de propiedades o el disfute de los dominios de un territorio, ni más ni menos que como auténticas manifestaciones de un consentimiento político a ser gobernados.

Por sí solo, **P1** es incapaz de ofrecer todo lo que necesitaría una semántica interpretativa de nuestros actos consensuales. Así, por ejemplo, si una persona no pudiera rechazar o disentir con la acción, medida o arreglo que la tiene de destinataria, aunque dicha acción la proveyera de mayores beneficios que perjuicios, resultaría muy difícil –aunque no imposible, desde luego– que su acto de consentimiento fuera realmente auténtico. Para que una persona pueda expresar su rechazo o disentimiento con una medida, deben darse al menos dos clases de condiciones: *fácticas* y *normativas*. De este modo, podríamos estipular que X goza del *poder fáctico* de consentir y disentir con una acción, medida o arreglo si no existen impedimentos físicos, lingüísticos o psicológicos para hacerlo, como cierta discapacidad mental u otras dificultades relativas al ejercicio de su propia agencia práctica o a la de quienes lo rodean. Paralelamente, diremos que X goza del *poder normativo* de consentir y disentir con una acción, medida o arreglo si no existen impedimentos normativos para hacerlo, como ciertas prohibiciones sociales

o la presencia de normas de significado confuso o indefinido. Apelando una vez más a la conveniencia notacional, llamemos «potestativo» al principio que estipula que

> ***(P2)*** «ninguna acción, medida o arreglo φ debería ser de tal naturaleza que a quienquiera consentir o disentir expresamente de ella le resultara *fáctica o normativamente* imposible hacerlo».

En la obra de Locke, ambos principios están presentes y actúan en consonancia. **P1**(o algo muy similar a **P1)**, como hemos visto, es invocado en el pasaje que abriera esta sección (además, *cf. infra*, sec. 4). Según lo que podríamos denominar *la lógica del beneficio* que allí claramente se constata, quien recibe un beneficio de parte de otra persona o agente consiente *tácitamente* el mismo, salvo que decida manifestar su disentimiento. Ahora bien, ¿qué vale para Locke como un acto de disentimiento? Al igual que el consentimiento, el disentimiento también puede ser tácito o expreso. ¿Resulta esta alternativa indiferente? En el terreno político, Locke entiende que toda aquella persona que, no habiendo dado nada más que un consentimiento tácito al gobierno, decide abandonar su posesión, ya sea donándola, vendiéndola o apelando a cualquier otro procedimiento, expresaría un acto de disentimiento auténtico (*cf. Segundo ensayo*, # 121). Por ende, en el esquema lockeano, no cualquier acto vale como tal. Quien se niega a prestar sumisión a un gobierno omitiendo participar de las elecciones, digamos, o exhibiendo pancartas ofensivas frente al congreso, no podría expresar un disentimiento genuino si todavía gozara de los beneficios de ser propietario. Así expuesta, la lógica parece tener perfecto sentido. Pero hagamos de cuenta por un momento que el agente cumple con el requisito lockeano de abandonar sus posesiones. Esto, como sabemos por otro lado, parece tanto fáctica como normativamente plausible, con lo que el caso satisface **P2**. ¿Acaso no podría el agente todavía querer prestar juramento de obediencia al gobierno en su nueva condición de desposeído?

Tal vez Locke se hubiera mostrado complaciente frente a esta posibilidad. Sin embargo, así como para expresar un disentimiento auténtico o genuino con una acción o medida, una persona debe desprenderse de los beneficios que ellas le confieren, cabe preguntarse si la expresión de un consentimiento auténtico no debería presuponer una condición semejante. En otras palabras, ¿por qué las garantías morales que se requieren en un caso no habrían de requerirse también en el otro? Para que la postura de Locke resulte aceptable y la lógica del beneficio termine de cuajar, estas preguntas deberían poder responderse. Sin embargo, el panorama no luce muy promisorio. Primero y principal, porque no se entiende qué tipo de garantías podríamos esperar de alguien que decide aceptar una acción cuando lo único que nos interesa es conferirle un beneficio. Pero, en segundo lugar, porque aún aceptando que el consentimiento solo se requiere cuando están en cuestión acciones perjudiciales –lo que sí podría demandar algún tipo de garantía (por ejemplo, la promesa de que se renuncia a cualquier acción de resarcimiento)–, no se entendería por qué el simple carácter beneficioso de una acción resultó desde un inicio una razón suficiente para imputarle a alguien un consentimiento tácito. Más aún, si esa persona de repente decide rechazar expresamente una acción que

le resulta beneficiosa, ¿por qué haber supuesto en primera instancia que dicha acción venía a reflejar su consentimiento?

## 2. EN BUSCA DE UNA SEMÁNTICA CENTRADA EN LA IDEA DE «RAZONES PERSONALES» PARA ACTUAR

El consentimiento, como cualquier acto realizativo que genera implicancias normativas, debe satisfacer una serie de condiciones para resultar válido y eficaz. En la sección anterior he intentado mostrar de modo muy esquemático qué dos principios o condiciones son reconocidas expresamente en la obra de Locke. Sin embargo, por las razones expuestas, **P1** y **P2** distan de ser suficientes para ese propósito. En su «Lógica del consentimiento», C. Pereda sostiene que el consentimiento efectivo –o la forma *eminente* de consentimiento– solo puede expresarse «a título personal» (*cf.* 2004: 103). Que esto sea así no obedece a una mera casualidad. En circunstancias excepcionales, resulta lógico que otras personas hablen en nuestro lugar. Pero si la excepción se transformara en regla y siempre fuera admisible que otro u otros hablen por nosotros, ¿qué sentido tendría el consentimiento? Para que el consentimiento pueda desplegar la *magia moral* que lo caracteriza (*cf.* Hurd, 1996), resulta necesario que el mismo sea al menos expresivo de nuestras propias razones personales. En caso contrario, fallará en reunir la validez y la eficacia que procura alcanzar.

Una discusión diferente, por cierto, es si otras personas, en algunas circunstancias, no podrían estar mejor capacitadas que nosotros mismos para acceder a estas razones personales y, por eso mismo, hablar en nuestra representación. Aunque no descarto esta posibilidad, ella debería ser excepcional. Como el propio Pereda reconoce en su ensayo, si «el consentimiento efectivo en condiciones normales conforma ya la justificación moral requerida y no se necesita ninguna justificación moral ulterior», ello sucede «como consecuencia directa de un concepto moral central: la autonomía de las personas» (2004: 101-102). Si no fuera porque este principio nos insta a reconocer a cada persona como un ser con la libertad plena para *soportar* o *llevar a cabo* cualquier acción que no genere más repercusiones morales que en su propia vida (*cf.* Nino, 2007), no habría ninguna razón para valorar el consentimiento individual como una de las tantas modalidades por las que esta autonomía puede ejercerse. En un día cualquiera, una persona dispone de numerosas alternativas para ejerecer su autonomía personal. Entre ellas, las hay triviales y no triviales. Un ejercicio trivial de la autonomía es el que se produce, por ejemplo, cada vez que una persona decide qué ropa vestir o qué desayunar antes de dirigirse al trabajo. Un ejercicio no trivial, en cambio, es el que se manifiesta en aquellos momentos álgidos de una vida, como cuando debemos optar por una vocación o la conformación de una familia. El consentimiento no es más que una de las modalidades en que se ejerce esta autonomía, con la particularidad de que ella, a diferencia de las restantes, constituye una respuesta a una oferta o propuesta ajena, no un acto nacido de la propia iniciativa individual (*cf.* Westen, 2004a).

En algunas circunstancias, como antes he reconocido, puede suceder que otros estén en mejores condiciones que nosotros para determinar qué decisión adoptar. Pero el principio de autonomía no solo protege aquellas decisiones que podríamos considerar *razonables*. Protege *cualquier* clase de decisión *personal*, suponiendo que la misma se encuentre libre de ciertos condicionamientos coactivos. En este sentido, el valor de la autonomía personal, como tantas veces se ha notado, también procura proteger especialmente aquellas decisiones que podrían considerarse impropias, equivocadas o hasta irrazonables, por no haberse tomado luego de atravesar un tamiz deliberativo apropiado (*cf.* Wall, 1998: caps. 6 y 7). Tarde o temprano una persona podría advertir que las razones que la llevaron a seguir un curso de acción o a consentir una medida determinada estaban equivocadas, ya sea por no corresponderse con los objetivos o valores personales que en realidad perseguía, ya sea porque disponía de alternativas menos costosas para llevarlos a cabo. Aunque otros pudieran estar al tanto desde un inicio de que estas razones eran equivocadas, nada justifica la existencia de albaceas o fideicomisarios dispuestos a evitar que tomemos decisiones apresuradas. Por lo menos en algún grado, todos podemos intentar advertir a nuestros amigos o seres queridos que ellos mismos disponen de razones personales para obrar de tal o cual manera que no han sido evaluadas con el rigor del caso. Al hacerlo, además, puede que estemos en lo cierto. Sin embargo, el principio de autonomía atribuye un privilegio *decisorio*, no *epistémico* para actuar, y esto es todo lo que importa en el actual contexto justificatorio.

Yendo ahora a lo realmente importante, cabe preguntarse qué significa que el poder justificatorio del consentimiento y, en particular, del consentimiento tácito, descanse en su capacidad de expresar nuestras razones personales para actuar. Hasta ahora solo habíamos establecido como condiciones de la validez y eficacia del consentimiento lo expresado por los principios **P1** y **P2.** Dado que los mismos se han mostrado insuficientes, quizá convenga añadir un tercer principio, el cual podría estipular que

> ***(P3)*** «a menos que haya evidencia suficiente para afirmar que el consentimiento tácito de un agente a una acción, medida o arreglo φ sea expresivo de sus propias *razones personales*, la apelación al consentimiento tácito resultará insuficiente desde el punto de vista justificatorio».

¿Parece plausible este principio? A fin de evaluarlo en toda su dimensión, primero debe sortearse una objeción natural. Alguien podría notar que, así formulado, el principio invitaría a los otros a evaluar en qué sentido los presuntos actos de consentimiento tácito alcanzan a expresar nuestras propias razones personales, con lo que volveríamos a atentar contra el privilegio decisorio consagrado por el valor de autonomía personal, que es después de todo el valor que explica la fuerza moral del consentimiento. Esto, sin embargo, sería un error. **P3**, tal como ha sido concebido, de ninguna manera autoriza a nuestros intérpretes a guiarse por lo que deberían ser, según ellos entienden, nuestras *mejores* razones personales para actuar. Simplemente los autoriza a guiarse por las que

*de hecho* son nuestras razones personales, estén o no equivocadas en su opinión.[3] Si se acepta, pues, esta explicación, el panorama interpretativo parece despejarse por completo. En el planteo lockeano, según ya lo he dicho, **P1** cumple la inestimable función de garantizar un estándar moral objetivo para descartar como impropias algunas formas de consentimiento, no necesariamente tácitas. Así, por ejemplo, **P1** permite descartar perfectamente el consentimiento expreso de un paciente a una cirugía estética cuyos beneficios fueran prácticamente inexistentes si el médico hubiera fallado en comunicarle los altos riesgos asociados a la intervención. No obstante, a diferencia de lo que previó Locke, la acción, medida o arreglo que suscita el consentimiento podría no vulnerar ningún estándar objetivo de esta naturaleza. Es más, desde el punto de vista objetivo, el balance entre costos y beneficios incluso podría arrojar valores positivos absolutos. Locke piensa que, cuando este es el caso, el consentimiento se infiere automáticamente. Pero si el consentimiento resulta expresivo de nuestras razones *personales*, y no de cualquier clase de razón, en principio tiene tanto sentido sostener que una persona podría disentir con una acción que le resultara objetivamente beneficiosa, como lo tiene sostener que podría consentir con una acción que le resultara objetivamente perjudicial.[4]

Desde el punto de vista analítico, cualquier pretensión de equiparar la idea de *beneficio* con la idea de *consentimiento* parece involucrar un craso error, como así también parece hacerlo cualquier intento de situar las ideas de *perjuicio* y *disentimiento* en un mismo plano lógico. De todos modos, para apreciar más nítidamente a qué se debe esto, antes será necesario comprender qué significan las razones personales y cómo las mismas se vinculan con nuestros actos de consentimiento y disentimiento.

## 3. EL PODER NORMATIVO DEL CONSENTIMIENTO Y LA IMPORTANCIA DE LAS RAZONES «PERSONALES»

En el ámbito práctico en general, las razones ofrecen una explicación del sentido en el que ciertas acciones o medidas conservan o promueven valores o principios que merecerían ser conservados o promovidos, así como del sentido en el que ellas podrían

3. Kant parece haber visto esto con preclara lucidez: «Nadie me puede obligar a ser feliz según su propio criterio de felicidad (tal como se imagina el bienestar de los otros hombres)», sostuvo en su ensayo «Acerca del refrán: 'Lo que es cierto en teoría, para nada sirve en la práctica'» (*TP* 8:290). De manera similar, esto escribió en la *Metafísica de las costumbres*: «A nadie puedo prodigar ningún bien de acuerdo a mis propios conceptos de felicidad (excepto a los niños pequeños o a los mentalmente insanos), pensando en beneficiarlo mediante la concesión forzada de un regalo; más bien, puedo beneficiarlo solo de acuerdo a *sus* conceptos de felicidad» (*MS* 6:454).

4. Retomo este punto en la parte final del trabajo, volviendo sobre una serie de distinciones que ya he formulado en otros sitios (*cf.* Parmigiani, 2019 y 2020). Como adelanto, baste por el momento con notar que la idea de beneficio, vinculada a la idea de bienestar, encierra una doble dimensión: una dimensión objetiva, vinculada a lo que cualquier persona necesitaría para progresar mínimamente como un agente moral autónomo, y una dimensión subjetiva, vinculada a lo que solo algunas personas necesitan o desean para autorrealizarse en el ejercicio de su autonomía. A mi juicio, si se desconoce esta doble dimensión valorativa que encierra el bienestar personal, se corre el riesgo de malinterpretar severamente el poder normativo del consentimiento.

contribuir a eliminar (dis)valores o principios (disvaliosos) que merecerían ser eliminados. Cuando una razón se esgrime para explicar la necesidad de una acción en relación a la prosecución de un objetivo, principio o valor, solemos ofrecer –según se dice– una justificación de dicha acción, si bien el término «justificación» posee múltiples acepciones. Una de ellas es la que se evidencia cuando intentamos expresar que una acción simplemente no atenta contra un valor o principio cualquiera. Otra es la que se plasma cuando, tras reconocer que sí lo hace, nos insta a tolerarla en aras de un bien mayor o equivalente. A los efectos de la presente discusión, bastará con tomar por válida la primera acepción mencionada del término, sin desconocer la presencia de estas y otras muchas acepciones posibles.

En el plano más estricto de la moral, hay múltiples clases de razones, como lo ilustra la prolífica literatura filosófica que ha venido desarrollándose durante los últimos años. Inspirados en autores como T. Nagel (1970) o C. Korsgaard (1996), hay quienes distinguen entre «razones agencialmente neutrales» y «razones agencialmente relativas». Según M. Farrell, las primeras serían aquellas que nos exigen aspirar imparcialmente a un bien o valor intrínseco, como la felicidad, la autonomía o el conocimiento. Las segundas, en cambio, serían aquellas que limitan la validez de las primeras, cuando haya un valor en juego que emane de nuestros deseos, proyectos, compromisos o lazos personales (*cf.* 2004: 82). Hay otros autores que prefieren emplear una terminología alternativa para referirse a fenómenos relativamente similares. J. Raz, por ejemplo, emplea la expresión de «razones impersonales» para referirse a las primeras y la de «razones personales» para referirse a las segundas, en virtud de la tipología valorativa que se escondería detrás de unas y otras (*cf.* Raz, 2001b: 83-84; para una crítica a Raz, véase Scheffler, 2007: 250-251). Aunque a veces resulta un tanto difícil identificar a qué clase de razón obedece una acción en particular, un ejemplo sencillo que ya he empleado en otro trabajo puede despejar cualquier malentendido (*cf.* Parmigiani, 2019).

Supongamos que un individuo a quien no conozco está siendo perseguido por una banda de secuestradores. Llama a mi puerta y solicita permiso para alojarse en mi casa durante unas horas, hasta que pase el peligro. Dado que la vida de este sujeto se encuentra amenazada, podría decirse que yo tengo una razón para ayudarlo. Al tratarse de un desconocido, mi razón para ayudarlo constituye al mismo tiempo una razón agencialmente *neutral e impersonal*, por derivarse del *valor impersonal* que tanto para mí como para todo el mundo posee –o *debería* poseer (la diferencia no es menor)– la vida de este extraño.[5] Desde ya, no todo el mundo tiene como yo en este caso una

5. De modo tentativo, podría decirse, siguiendo a Nagel, que los valores impersonales son aquellos que siguen generando razones para actuar cuando ya hemos dejado atrás cualquier perspectiva valorativa particular, adoptando una visión 'universalista' o 'desde ningún lugar'. En palabras de Hattala Matthes: «Un objeto, proyecto (etc.) X tiene valor impersonal solo en caso de que el valor de X pueda ser reconocido independientemente de cualquier perspectiva particular» (2015: 1004). Pero, como el propio Matthes remarca, esta aproximación oculta la diferencia significativa que existe entre aquellas «cosas cuyo valor es universal porque ese valor puede ser reconocido independientemente de cualquier perspectiva particular» y aquellas otras «cuyo valor es universal porque las razones para comprometerse con ellas pueden encontrarse dentro de cualquier perspectiva particular» (*ibíd.*:1007). A los efectos de este trabajo, asumiré que estas dos posibilidades

razón para prestar ayuda. Yo tengo una razón que otros no tienen por el hecho de que es a mí a quien sorprende la situación descripta. Sin embargo, esto de ninguna manera la transforma en una razón personal o agencialmente relativa. Para que eso suceda, la razón para prestar ayuda no debería ser *universalizable*, es decir: no debería aplicarse a cualquier persona que, como yo, se encontrara en una situación similar.[6] Pero ahora supongamos que alojar al extraño hiciera peligrar mi propia vida o la de alguien que

reconstructivas son aceptables y hasta compatibles. De todos modos, lo que seguiría suscitando dudas es cómo han de concebirse las razones para actuar que se desprenden del reconocimiento de estos valores impersonales o universales. Según Matthes, Nagel identificaría los valores impersonales con los valores morales auténticos, que son los únicos que a su juicio generan razones perentorias o irresistibles [*compelling*] para actuar. Pero esta identificación sería un error. En efecto, así como existen valores impersonales de naturaleza moral, también existirían valores impersonales de naturaleza no moral, como el valor de las Cataratas del Niágara o el valor de las pirámides de Giza, los cuales tan solo generarían razones potestativas o no perentorias para actuar de cierta manera: por ejemplo, razones para viajar a las Cataratas o para recaudar fondos tendientes a proteger el patrimonio arquitectónico del antiguo Egipto. A mi juicio, sin embargo, el carácter 'impersonal' que revestirían esta última clase de valores solo se torna aparente si nos guiamos por el tipo de objeto que recepta el valor, el cual *no remite* a una persona. Pero si esto fuera lo distintivo de los valores 'impersonales', entonces tampoco cabría llamar de esa manera a la vida, a la integridad física, a la libertad ambulatoria, a la libertad de expresión o a cualquiera de los bienes o valores que tienen a seres humanos como sus últimos receptores. Tampoco es cierto, como dice Scheffler, que a los efectos de que un valor sea impersonal, el mismo ha de poder apreciarse solo desde un punto de vista distanciado o no comprometido (*cf.* 2007: 250). Hasta donde entiendo, la postura de Nagel no es así de restrictiva. Para que un objeto revista valor impersonal, bastaría con que esta perspectiva distanciada esté disponible en algún punto para el agente, probablemente al final de cierta ruta deliberativa (*cf.* JAY Wallace, 2010: 510-513). Así, supongamos que dos individuos, A y B, están a punto de morir, y que yo solo puedo salvar a uno de ellos. Por A siento una admiración especial pero a B lo desprecio profundamente. Situado frente a semejante dilema, es probable que opte por salvar al primer individuo en función del mayor valor personal que para mí posee en relación al segundo. No obstante, esto no significa que en esa misma situación yo no haya sido capaz de justipreciar el valor de B. Una manera de hacerlo habría sido deliberando de la siguiente manera: *así como por A siento una admiración especial, hay otras personas que por B sienten una admiración o afecto similares a los que yo siento por A, lo que lo hace igualmente valioso en términos personales. Por eso mismo, si solo hubiera sido B el individuo a punto de morir, aunque mi desprecio por él fuera profundo, igualmente yo habría tenido una razón* impersonal *para salvarlo, derivable del valor que para otras personas posee su vida*. Por supuesto, de ninguna manera estoy afirmando que esta sea la única ruta deliberativa disponible, como bien nos consta de las enormes contribuciones utilitaristas, kantianas y hasta religiosas que se han hecho en la materia.

6. ¿Qué ha de contar como «una situación *similar*»? Todo depende de los elementos que confluyan en la construcción del condicional hipotético que da cuenta de la razón. Pensemos en otro ejemplo muy sencillo: Pedro y Martha viven en la ciudad de Córdoba, en donde próximamente se presentará la Sinfónica de Berlín. Casualmente, Pedro es un aficionado a la música clásica, pero no Martha, quien tiene otras predilecciones. ¿Podría afirmarse que 'Martha tiene una razón para comprar las entradas' (1) por el hecho de que, si ella fuera una aficionada a la música clásica, querría presenciar la actuación de la Sinfónica? Esto no parece correcto. Desde luego, si Martha tuviera los gustos de Pedro, ella debería comprar las entradas, o al menos tendría una buena razón para hacerlo. Sin embargo, una cosa es afirmar que alguien *se halla en la situación* de otra persona y otra cosa es afirmar que alguien *sea* otra persona, que es lo que parece asumir (1). La neutralidad agencial nunca podría demandar que se satisfaga este segundo requisito. Para evitar tales malentendidos, J. Buckland define la relatividad agencial de una razón en función del objeto o fin que procura alcanzar la acción que se ampara en dicha razón. En este sentido, afirma que si el objeto o fin de la acción no puede ser especificado sin hacer referencia al agente para el que este objeto o fin constituye una razón, dicha razón será agencialmente relativa (*cf.* 2018: 20-21). Personalmente comparto esta caracterización de la relatividad agencial, aunque en el ejemplo de los secuestradores esto no se aprecie tan nítidamente. En cuanto a la 'universalidad' de las razones (o de los valores) impersonales, véase una vez más Hattala Matthes, 2015: 1004 y sigs.

vive conmigo y por quien siento un afecto inconmensurable. En estas circunstancias, yo tendría una razón para no ayudarlo que es auténticamente *relativa y personal* desde el punto de vista agencial, dado que se deriva del *valor personal* que le adjudico a mi vida o a la de quien vive conmigo, aunque cada una de las vidas en cuestión valga lo mismo desde el punto de vista impersonal. Justamente en casos así, la razón personal se vuelve definitoria porque el valor impersonal equivalente que posee la vida de cada uno de los seres humanos (i.e. la del extraño y la de mi compañero/a) es insuficiente para dictaminar qué decisión adoptar.

Tradicionalmente se ha pensado que los valores personales funcionan en esta liza, aportando razones adicionales que sirven para descomprimir situaciones de incertidumbre práctica. No obstante, dado que los valores personales pueden ser mucho más triviales que estos, no siempre un valor de ese calibre será capaz de aportar una razón decisiva. Si yo desatendiera la petición del extraño porque ansío no ver interrumpida una noche romántica, el valor en juego también me otorgaría una razón personal, aunque seguramente dicha razón sería insuficiente para derrotar a la razón impersonal que nos exige actuar en sentido contrario. Al parecer, pues, hay razones impersonales que poseen una fuerza moral especial. En principio son difíciles de derrotar porque ellas están apoyadas en lo que Kant hubiera denominado «deberes de obligación *perfecta*», que son deberes que nos compelen a actuar o abstenernos de actuar de maneras muy definidas y que, además, suelen generar derechos en la contraparte. Junto a los deberes de ayuda están, por ejemplo, los deberes de indemnidad, cuyas exigencias son tanto o más perentorias que las de aquellos. Pero lo notable del caso es cómo unos y otros tipos de razones operan cuando llega el momento de consentir (o disentir de) una acción, medida o arreglo. Supóngase que yo me niego a dejar pasar al extraño impulsado por una razón personal de naturaleza trivial. A juzgar por esta trivialidad, mi acto de disentimiento difícilmente pueda ser válido. Para que no lo sea, al menos debería intentar apoyarse en una razón personal de mayor peso específico, derivable de un valor moral impersonal equiparable al valor impersonal en pugna.[7] Sin embargo, imaginemos que no existe una razón así. En semejante situación, estaré obligado a acceder a la petición del extraño. ¿Significa esto que tengo una obligación de consentir?

D. Estlund parece ver las cosas de esta manera. Con el propósito de justificar la obediencia política a la autoridad, Estlund postula una noción normativa de consentimiento, orientada a dar cuenta de las «razones que harían que negarse a consentir la autoridad fuera moralmente equivocado» (2011: 179). De acuerdo a este planteo, existen pautas morales que, dependiendo de la situación, invalidan tanto el consentimiento

7. Algunos autores denominan «*contributory reasons*» (o razones *contributivas*) a este tipo de razones. Por sí mismas, estas razones no serían capaces de justificar un determinado curso de acción. Pero acopladas a otra razón o conjunto de razones, ellas sí alcanzarían a reunir tal potencial. Siguiendo esta terminología, entiendo que las *razones personales* que son capaces de decidir en un sentido o en otro ciertas situaciones de incertidumbre práctica en las que se encuentran en tensión dos valores impersonales se comportan justamente como *razones contributivas*. Para un análisis alternativo de lo que significa una razón contributiva, véase en especial Dancy, 2004: 15 y sigs..

como el disentimiento. Para probar su punto, Estlund recurre a varios ejemplos. En uno de ellos, dos amantes se han comprometido a mantener relaciones sexuales con cierta periodicidad. Sin embargo, uno de ellos dice siempre que no. En virtud del deber existente de acceder a tener relaciones de tanto en tanto, Estlund piensa que el disentimiento constante resulta moralmente errado, lo que invitaría a pensar que, al menos en algunas circunstancias, consentir la relación sexual será moralmente obligatorio. A mirada de soslayo, el ejemplo podría invitar a muchos a pensar que la negación errada del consentimiento autorizaría el contacto sexual. Pero Estlund aclara que su planteo solo pone en evidencia el error de disentir, no que la obligación de consentir le otorgue a la otra parte un permiso para actuar aún en contra del disentimiento.

Intuitivamente, la reflexión de Estlund sobre su propio ejemplo parece acertada. Lo que él no aclara, sin embargo, es por qué el amante no correspondido no podría actuar vulnerando el disentimiento del amante obligado. A mi juicio, la clave interpretativa es propiciada por la tipología de derechos y valores invocados en el ejemplo, la que se advierte ni bien contrastamos el ejemplo de Estlund con nuestro ejemplo anterior. ¿Cuenta entonces el extraño con un permiso para actuar según su deseo, contraviniendo mi negativa a dejarlo pasar? ¿Acaso está el extraño autorizado a ingresar a mi morada *sin mi consentimiento*? Dado que su propia vida está en riesgo, todo parece indicar que sí, a pesar de que se vulnerará un derecho propietario y, por consiguiente, un auténtico *valor impersonal*: el de la libertad de disponer libremente de lo que es mío. Nótese que, en este caso, parece haber dos valores impersonales en pugna: el valor de la vida y el de la propiedad. Si yo tengo una obligación de consentir al pedido del extraño, esto se debe a que su derecho es más importante que el mío. No obstante, también es cierto que el extraño me ha brindado la oportunidad de consentir. De lo contrario, habría ingresado unilateralmente a mi morada, sin siquiera pedir permiso. Si este hubiera sido el caso desde un comienzo, *necesariamente* se habría vulnerado un valor impersonal. Pero puesto que no lo fue, la deferencia del extraño hacia mí al menos plantea la posibilidad de un escenario moral alternativo en el que ningún valor resulte vulnerado, ni el de su vida ni el de mi propiedad. Suponiendo que yo disienta y el extraño ingrese a mi casa sin mi permiso, el escenario moral volverá a ser negativo en relación al último valor en pugna. Sin embargo, en este caso ya no será responsabilidad del extraño el haberlo vulnerado, sino una responsabilidad exclusivamente mía.

En contra del utilitarismo, B. Williams solía remarcar la importancia que para muchos agentes posee la *integridad* personal. La conservación de este valor, según sabemos, origina razones agencialmente relativas para actuar, que en muchos casos llegan incluso al extremo de impedir que ciertos valores impersonales apremiantes se materialicen. El ejemplo al que apela Williams es mundialmente famoso: Jim debe decidir si asesina al habitante de una tribu para salvar la vida de muchos otros de sus compañeros. Desde el punto de vista utilitario, Jim parece disponer de razones apremiantes para jalar del gatillo. Sin embargo, desde el punto de vista de su integridad personal, las razones apuntan en el sentido contrario (*cf.* Williams, 1973: 98).

En el ejemplo de los secuestradores sucede algo similar, aunque la integridad personal aparezca comprometida de otra manera. El extraño amenazado parece enfrentar, en rigor, al menos cuatro alternativas:

1) *dejarse secuestrar;*
2) *ingresar unilateralmente a mi morada;*
3) *ingresar a mi morada a pesar de mi disentimiento; e*
4) *ingresar a mi morada con mi consentimiento.*

Por razones obvias, las alternativas 1) y 4) no ofrecen ningún inconveniente: ellas representan el peor y el mejor escenario moral, respectivamente. Pero entre 2) y 3), ¿cuál es la diferencia? Según parece, la única diferencia tendría que ver con el hecho de que 3) se produce *a causa de* una intervención mía. En efecto, la única razón por la que el extraño decide irrumpir en mi hogar es que yo no le he dejado otra alternativa. Luego, si aquí se vulnera el valor moral impersonal de disponer libremente de nuestra propiedad, esto solo sucede porque yo así lo he dispuesto, haciéndome plenamente responsable de ello. Antes de que el extraño llamara a mi puerta, simplemente no tenía ninguna razón para dejarlo pesar o negarle la entrada. Ahora, una vez que ha llamado, no solo se origina una razón impersonal para dejarlo pasar que parece ser moralmente apremiante. También se origina una inmensa gama de razones personales o agencialmente relativas. En lo fundamental, ahora debo decidir qué relación quiero guardar con lo que sea que se siga de mi acto. Mi integridad, al igual que le sucedía a Jim, ya ha sido comprometida.[8]

El principio **P2** enunciado en la sección anterior, y compartido en cierto modo por Locke, especificaba que, a los fines de consentir (o disentir de) una acción determinada, debía ser fáctica *o* normativamente posible disentir de (o consentir con) ella. En este punto deseo enfatizar el *carácter disyuntivo* de la condición. Cuando sucede lo que Estlund plantea, resulta claro que el disentimiento no es una opción desde el punto de vista *normativo*. Sin embargo, en estos casos, lo importante es que *al menos* pueda serlo desde el punto de vista *fáctico*. Tanto en el ejemplo de Estlund como en el ejemplo del extraño se satisface esta condición. En el primero, por supuesto, la obligación de consentir la propuesta sexual no otorga un permiso para actuar de todas formas en caso de disentimiento. En el ejemplo del extraño, en cambio, la obligación de consentir a su pedido sí lo hace. La razón que explicaría esta discrepancia parece tener que ver, como antes anunciaba, con la tipología de derechos involucrada: mientras en un caso la integridad sexual parece ser un derecho absoluto o general, en el otro caso la disponibilidad de la propiedad parece no serlo (sobre esta distinción, véase Waldron, 1988: cap. 4). De todas formas, lo importante aquí tiene que ver con lo que *fácticamente* posibilita

8. En su ejemplo, Williams parece enfatizar en mayor medida el impacto que produciría en la integridad moral de Jim el hecho de tener que asesinar a la persona en cuestión. Sin embargo, desde el mismo momento en que el capitán le ofrece a Jim esta posibilidad, su integridad moral ya ha sido comprometida: lo que sea que decida le generará algún costo personal. En mi ejemplo, como se habrá notado, he decido enfatizar este segundo aspecto del dilema moral planteado.

que un agente manifieste su parecer con respecto a una acción o medida. Si alguien solo pudiera decir que «no» cuando no está obligado a hacerlo y solo pudiera decir que «sí» cuando lo está, no habría ninguna obligación moral de consentir. Como sabemos desde hace tiempo, la obligatoriedad de un acto supone su contingencia, es decir: la posibilidad de que no sea (puesto hartianamente, esta sería la diferencia existente entre «tener una obligación» y «verse obligado»). Pero si puedo disentir en relación a un acto que debería consentir, no es meramente porque pueda expresarlo. Es porque esta expresión debe encerrar algún sentido significativo. Así como las *razones impersonales* son las que muestran el *sentido en que* el consentimiento o el disentimiento pueden resultar *obligatorios*, las *razones personales* son las que simplemente muestran el *sentido* de estos actos, del cual a menudo depende –aunque no siempre– su verdadera fuerza moral.

Una vez comprendido este punto fundamental, las posibilidades lógicas que se abren son infinitas, dependiendo de los valores *personales* en juego. Solo por retomar nuevamente los ejemplos analizados, supongamos que yo consiento una acción que estoy obligado a consentir, básicamente porque se impone un valor impersonal del cual se derivan razones morales imperativas o perentorias. Ya sea que tomememos el ejemplo de los amantes, ya sea que hagamos lo propio con el ejemplo del extraño, en ninguno de estos casos el consentimiento tiene por qué basarse en la razón agencialmente neutral que viene proporcionada por el valor impersonal en cuestión. *Podría hacerlo*, desde luego, pero no hay ninguna necesidad de que así sea. Hasta donde sabemos, la obligación de consentir el acto propuesto solo me exige que consienta el acto, no que lo haga por tal o cual razón específica. El amante, pues, al igual que yo, podría expresar su consentimiento basado en cualquiera de las siguientes razones: para complacer al otro, para complacerse a sí mismo, para irritar a un tercero, para evitar posibles reprimendas o sanciones, para no comprometer su integridad moral, para demostrar entereza o compromiso, etc. La lista de razones, desde luego, no pretende ser exhaustiva, básicamente porque nunca podría serlo. Nuestras razones personales pueden ser infinitas y cualquiera de ellas explica cómo podemos llegar a consentir actos, medidas o arreglos que tenemos la obligación de consentir, por existir una razón impersonal que la ampara.

Del mismo modo, supongamos que yo disiento de una acción que estoy obligado a consentir. El disentimiento podría ser moralmente errado, como en el caso del amante, o moralmente nulo, como en el caso del extraño. En cualquiera de los casos, sin embargo, el disentimiento llega a ser lo que es porque existe al menos una razón personal que lo explica. Puesto que resulta moralmente inaceptable, podría imaginarse que la razón personal que lo secunda también hereda este carácter. Pero esto sería un error. La razón personal que explica mi disentimiento con una acción que estoy obligado a consentir podría ser exactamente la misma que la razón personal que explicaría mi consentimiento, como complacerme a mí mismo o irritar a un tercero. En consecuencia, para que haya incorrección moral, basta con que el acto vulnere un valor impersonal, más allá del motivo o razón personal que pueda haberlo provocado.[9]

9. Conviene diferenciar en este punto entre el papel explicativo y el papel justificatorio que desempeñan las razones. Con respecto a las razones morales, y en particular con respecto a las razones agencialmente neutrales, la

Estas dos posibilidades lógicas, con sus infinitas variantes correspondientes, explican de qué modo operan las razones personales cuando se trata de consentir (o disentir de) una acción, medida o arreglo que resulta obligatorio, por descansar en valores impersonales apremiantes. En algunos casos, como en el del extraño, el incumplimiento de la obligación resulta moralmente irrelevante, es decir: aunque expresemos nuestro disentimiento con la acción que se nos exige, este disentimiento podría ser desoído. En otros casos, en cambio, el disentimiento conserva todavía su fuerza moral. Ahora bien, careciendo de este carácter obligatorio, ¿qué cabe afirmar a propósito de aquellas acciones que generan implicancias intersubjetivas? Locke sostuvo, según se viera, que si la implicancia es beneficiosa y no se constata un disentimiento expreso de parte del beneficiario, la acción resulta tácitamente consentida. Sin embargo, una vez que admitimos que el consentimiento constituye un reflejo de nuestras razones personales (**P3**), la idea lockeana cae por su propio peso.

En efecto, entre las razones *personales* para acatar o rechazar un curso de acción, las hay al menos de dos tipologías diferentes: egoístas y altruistas. Así, un individuo puede consentir un beneficio económico porque repercute positivamente en su bienestar material, pero también podría rechazarlo porque despierta la envidia ajena, la que repercute negativamente en su bienestar espiritual. Ambas razones son razones personales de tipo egoísta que motivan cursos de acción de contenido antagónico. De modo semejante, un individuo puede consentir un beneficio económico con el propósito de repartirlo entre los habitantes más carenciados de su comuna, o puede rechazarlo por considerar que el mismo transgrede una norma de equidad. Ambas razones son razones personales de tipo altruista que vuelven a motivar cursos de acción de contenido antagónico. Pues bien, para que pueda afirmarse de un individuo así que consiente tácitamente un beneficio, antes deberíamos estar al tanto de cuáles son sus razones personales. **P3** justamente nos insta a ello. Si se trata de un individuo egoísta con un apego o susceptibilidad especial

coincidencia entre explicación y justificación parece innegable. ¿Pero qué hay acerca de las razones personales? No cualquier razón personal parece estar en condiciones de justificar un acto de consentimiento. En «Razones internas y externas», Williams sostuvo que el deseo de beber un líquido con la creencia de que se trata de ron, cuando en realidad es gasolina, no le da a un individuo una razón para hacerlo. En el sentido explicativo, el individuo parece tener una razón para beber el líquido. Sin embargo, no se trata de una razón en el sentido justificatorio del término (*cf.* 1993: 132 y sigs.). Por el contrario, si el líquido fuera efectivamente ron, el individuo tendría una razón para beber el líquido que, al mismo tiempo, explicaría y justificaría su acción. Supongamos ahora que el cantinero de un bar le ofrece a este mismo individuo un auténtico vaso de ron. El individuo acepta. ¿Sería este un arreglo *consentido*? Todo dependerá de los términos en los que se concrete el intercambio. Si hay engaño de parte del cantinero, por ejemplo, difícilmente pueda haber consentimiento. Pero si el vaso contuviera ron y el arreglo comercial se concretara, ¿quién podría negar un auténtico consentimiento de parte del individuo? ¿Y quién podría negar que este consentimiento sería expresivo de su deseo personal de beber un vaso de ron? En este caso, la razón personal tanto explica como justifica el acto de consentimiento en cuestión. Desde luego, podría ser que el individuo despreciara el ron, pero que solo accediera al arreglo comercial para beneficiar económicamente al cantinero. De ser así, la razón personal que justificaría el acto de consentimiento no sería el deseo de beber ron, sino un deseo altruista, tan personal como el otro. Las razones personales, pues, operan de múltiples formas, permitiendo explicar y justificar los actos de consentimiento que validan nuestros acuerdos. Por cierto, esto no significa que la validez de nuestros acuerdos dependa de que estas razones se conozcan o se hagan explícitas. Solo significa que, si estas razones no existieran, el consentimiento no podría obrar en ninguna circunstancia como condición de validez de los mismos.

a la opinión de los demás, su silencio no significará lo mismo que si se trata de un individuo muy seguro de sí mismo. El problema es que muchas de estas características o rasgos personales del carácter no solo no son excluyentes sino que también se hallan en constante cambio o revisión, lo cual generará problemas interpretativos a menudo irresolubles.

A fin de sortear este obstáculo, la opción podría consistir en ceñirse al esquema interpretativo lockeano, en el que **P3** resulta innecesario. Sin embargo, esto volvería a enfrentarnos a un viejo obstáculo: **P1** y **P2** nos invitan a interpretar aquellas acciones que objetivamente resultan beneficiosas para ciertos individuos como si fueran tácitamente consentidas. Pero si tales individuos de repente deciden rechazar estas acciones de manera expresa, ¿por qué haber supuesto en primera instancia que las mismas venían a reflejar su consentimiento? Dado que el consentimiento constituye un acto expresivo de nuestras razones personales, el consentimiento tácito, que no es más que una de las tantas modalidades en las que aquel puede expresarse, no puede pretender ser otra cosa. ¿Qué hacer entonces? ¿Recurrir nuevamente a **P3**, asumiendo el riesgo de volver a tropezar con el otro obstáculo ya señalado?

Como puede apreciarse claramente, poco parece importar el esquema interpretativo que decidamos a adoptar. Hagamos lo que hagamos, todo indicaría que los problemas interpretativos que se suscitan a raíz de la noción de consentimiento tácito permanecerán allí de todos modos, siempre acechantes. Por eso esta noción ha despertado tanto recelo a lo largo de la historia de la filosofía. De cualquier modo, en el caso particular de Locke, que es quien de manera eminente decidió acudir a ella para ensayar una justificación de la obediencia a la autoridad política, los problemas interpretativos que ya de por sí se presentan serían sintomáticos de un problema aún más grave. A lo largo de esta sección he intentado mostrar de qué manera nuestros actos de consentimiento y disentimiento solo pueden comprenderse en relación a nuestras razones personales para actuar, las cuales *pueden* ser refractarias a la lógica del beneficio. Si no fuera por ellas, el consentimiento carecería de toda relevancia práctica. Por eso, cualquier enfoque acerca del consentimiento que decida ignorar el estrecho vínculo que él guarda con estas razones personales estará condenado a desvirtuar su auténtico poder normativo. El enfoque de Locke es solo uno de estos enfoques, aunque probablemente el más influyente de todos.[10]

10. Escribe Klosko a propósito del enfoque lockeano: «Mientras la recepción de beneficios de parte del gobierno puede ser plausiblemente interpretada como generando obligaciones políticas, estas últimas pueden ser explicadas sin invocar el consentimiento. En su lugar, los principios morales relevantes apelan a la reciprocidad, un requisito que exige la apropiada devolución de los beneficios que uno recibe. Los defensores de estas posiciones típicamente argumentan que los beneficios del gobierno generan las exigencias morales relevantes, sea que nazcan de la gratitud o de algún principio de juego limpio, según las cuales uno no debería beneficiarse de la labor de otras personas sin aportar su propia parte. La literatura se halla repleta de versiones desarrolladas de estas nociones (…) Pero, una vez más, estas teorías dejan de lado el consentimiento y el consentimiento tácito (2018: 353). Aunque Klosko hace bien en rechazar el intento lockeano de vincular el consentimiento con la recepción de beneficios, no estoy seguro acerca de si este rechazo solo vale en su planteo para el consentimiento *político*. En la próxima sección aludo a los distintos planos justificatorios en los que puede

## 4. LA DIVERSIDAD DE ÁMBITOS JUSTIFICATORIOS Y EL PROBLEMA DE LOCKE

Comentaba al inicio de este trabajo cuán vasta ha sido la influencia de Locke y su noción de consentimiento tácito. Ella se percibe fundamentalmente en el ámbito de la filosofía política, en donde continúa fomentando nuevas interpretaciones, debates e ideas. Pero también en los ámbitos de la filosofía jurídica y moral esta influencia habría sido notable, sirviendo para moldear lo que hoy podría considerarse allí como el enfoque predominante en torno al consentimiento (*cf.* Parmigiani, 2019). Desde luego, mientras Locke sostiene que el consentimiento se infiere de aquellos actos que resultan beneficiosos, el enfoque predominante descansa en una suerte de dogma fundamental, que bien cabría resumir en la frase de Ripstein ya citada: «Si un acto no es incorrecto, no se requiere el consentimiento». Estas dos ideas no resultan equivalentes, por lo menos no sin una importante aclaración adicional. Locke parece suponer que si un acto no solo no es incorrecto sino que además resulta beneficioso, el consentimiento se infiere tácitamente del mismo, lo cual *podría* interpretarse como una forma velada de decir que *no se requiere* de él. En efecto, ¿por qué habríamos de requerirlo si él ya está presente? Según esta interpretación, solo requerimos aquello que echamos en falta, y este no sería el caso con el consentimiento. Sin embargo, la frase también podría interpretarse como una forma de afirmar que los actos que no resultan moralmente censurables o incorrectos, probablemente por traer consigo beneficios individuales, poseen una justificación moral independiente, esto es: *independiente de* la idea de consentimiento. Esta interpretación, sin dudas, resulta más natural que la anterior, aunque no necesariamente compatible con la idea de Locke.

Sea de una u otra forma, lo cierto es que aún así el pensamiento de Locke se habría encargado de influir en alguna medida sobre el enfoque predominante. Para verlo, basta con advertir qué condiciones deben darse según uno y otro para que el consentimiento *pueda ser* solicitado y, de este modo, logre desempeñar un rol justificatorio. Los partidarios del enfoque predominante tienden a concentrarse en lo que sucede en los terrenos del derecho penal y el derecho de daños, así como en el terreno más amplio de la moral intersubjetiva. Según ellos, el consentimiento cumple allí la misión de *transformar* aquellas acciones que poseen una connotación moral negativa en acciones que, o bien ya no la poseen en ningún sentido, o bien pasan a poseerla en un grado que al menos resulte moralmente justificable ante sus destinatarios. En este sentido es que se afirma que el consentimiento transforma una violación en sexo convencional o una invasión a la privacidad en una invitación a cenar (*cf.* Hurd, 1996: 123; Wertheimer, 2000:

operar el consentimiento, poniendo en tela de juicio la idea de reciprocidad que parece defenderse en este pasaje. Sobre lo que no tendré tiempo de explayarme, en cambio, es sobre si la deliberación política que solo puede invocar razones de orden *impersonal* para justificar un determinado diseño institucional o normativo, como claramente sucede en cierta etapa del planteo rawlsiano, realmente está en condiciones de respaldar una noción auténtica de consentimiento. Sobre este punto, véase en especial Simmons, 2001; Gaus, 2011; Vallier, 2015; y Wenar, 2017.

559; Westen, 2004a: 96). Prescindiendo del consentimiento, cada uno de estos actos sería un delito o un acto inmoral. Mediando el consentimiento, el carácter delictivo o inmoral del acto desaparece o se atenúa. Ahora bien, si no fuera porque cada uno de estos actos encierra una connotación moral negativa, implicando un perjuicio cierto para su destinatario, el consentimiento sería normativamente irrelevante.

La lógica del beneficio, según antes la he definido, nos insta a considerar los actos moralmente beneficiosos *como si* implicaran el consentimiento de sus potenciales destinatarios. Este 'como si', por cierto, no está presente en el texto de Locke, el cual admitiría una lectura bastante más literal que la aquí sugerida.[11] De todos modos, lo que está fuera de discusión es lo que del propio texto se infiere en lo atinente a qué condiciones deben darse, no ya para que el consentimiento tácito se solicite, sino el consentimiento *expreso*. Y aquí es donde las posturas de Locke y del enfoque predominante confluyen al unísono, con independencia de cómo cada una entienda las distintas formas en las que puede justificarse una conducta. Según una y otra postura, para que el consentimiento *expreso* –y no meramente el tácito– se requiera, debe haberse constatado la presencia de una acción, medida o arreglo que no supere el *test* de tolerancia moral fijado por **P1** (*cf. supra*). Locke pensaría que esta condición se satisface a propósito de los súbditos o miembros *permanentes* de una comunidad, quienes –a diferencia de los extranjeros o los meros residentes, que solo están obligados a respetar las leyes dictadas por un gobierno– poseerían una serie de obligaciones y compromisos adicionales, de mayor envergadura, exigencia y alcance. Si así no fuera, ¿qué podría haberlo llevado a escribir que «nada puede convertir a un hombre en miembro de una comunidad excepto entrar en ella mediante un compromiso positivo, y una promesa y pacto *expresos*» (*Segundo ensayo,* # 122), contraviniendo lo afirmado anteriormente en el texto? (*cf. supra*) De hecho, en su brillante interpretación de este pasaje, Simmons parece salvar la aparente contradicción postulando un principio explicativo semejante (*cf.* 2001: 173 y sigs.).

Hay ámbitos en los que resulta ciertamente indisputable que el consentimiento actúa tal como lo prevén Locke y el enfoque predominante. Antes he mencionado los ámbitos del derecho penal y el derecho de daños, por ejemplo, en los que el consentimiento sirve tanto para justificar la provocación de un daño que se sigue de transgredir una prohibición, como así también para renunciar a una pretensión de resarcimiento. Por cierto, tampoco es menor la función que el consentimiento cumple en este mismo sentido en el ámbito más general de la moral intersubjetiva, o incluso en el derecho de

11. P. Westen cree que tratar a alguien 'como si hubiera consentido' no es tratarlo 'según su consentimiento'. Para dar cuenta de lo primero, él reserva la noción de 'consentimiento putativo' [*imputed consent*], a la que considera una auténtica *ficción jurídica* (*cf.* 2004b: 337). ¿Podría decirse entonces que la noción de consentimiento tácito que emplea Locke es asimilable a una ficción jurídica? Sin dudas que esta es una interpretación posible, aunque aquí no me haya ocupado de la misma por razones de espacio. En cualquier caso, parece claro que la noción de consentimiento tácito que hasta aquí he intentado postular buscando apoyo en la idea de razones personales para actuar no guarda ninguna similitud con la noción lockeana, por lo que no cabe temer por su presunto carácter ficcional.

contratos, si pensamos en el modo como alguien puede desvincular a su contraparte del cumplimiento de los términos de un acuerdo. Sin embargo, estas funciones justificatorias que cumple el consentimiento suponen un dominio o universo deóntico compuesto fundamentalmente por *prohibiciones* y *obligaciones*, que son las que demarcan la línea entre lo correcto y lo incorrecto. ¿Pero qué sucede cuando lo que está en cuestión remite más bien al dominio de *lo posible* y *lo permitido*? (al respecto, véase Hart, 1963: Cap. 3) ¿Qué hay en particular del universo de la política legislativa, la moral personal o el derecho de contratos que regula lo que sucede en la etapa de la negociación que precede a un acuerdo? ¿Desempeña el consentimiento en estos ámbitos la misma función que en los anteriores?

Si el consentimiento desempeña en estos ámbitos una función *justificatoria*, habremos de reconocer que no es porque se encargue de *transformar* una acción de connotación moral negativa en una acción al menos aceptable, ya que, en rigor, no hay *nada que* transformar. Bien podría decirse que tanto los legisladores que deciden sancionar una nueva norma, como las dos partes que deciden celebrar un nuevo acuerdo, están creando algo donde antes no había nada. Por ende, si su consentimiento ha de cumplir una función, esta función no puede remitirse al propósito de validar o legitimar algo en principio inválido. En teoría política, el acto en virtud del cual se crea o instituye un nuevo Estado se denomina acto *constituyente*. Valiéndonos, pues, de esta terminología, podríamos decir que en aquellos casos en los que se trata de garantizar la legitimidad de un nuevo acuerdo o transacción, el consentimiento justamente cumple una función *configuradora* o *constituyente*, la cual supone una capacidad para generar algo donde antes no había nada.

Pero hay más. Pensemos en aquellas situaciones en las que alguien recibe una herencia o donación de gran valor económico. Dado que el gesto parece beneficiar a su destinatario, la lógica de Locke nos obligaría a imputarle al mismo una suerte de consentimiento tácito. Sin embargo, también sabemos que la mayor parte de nuestros sistemas legales condicionan el perfeccionamiento de esos actos a que los mismos sean *aceptados* por sus destinatarios, pudiendo el acto de aceptación ser tácito o expreso (al respecto, véase por ejemplo el art. 1792 del Código Civil argentino). Si Locke tuviera razón, ¿para qué se requeriría esta condición adicional? En estos casos, podría decirse que el consentimiento, cuando se otorga, más que para legitimar un acto en principio inválido, e incluso más que para constituir un acto hasta entonces inexistente, sirve ni más ni menos que para *confirmar* o *reconocer* su presunta validez moral. Como se desprende de la sección anterior, las razones por las cuales un individuo puede consentir (o disentir de) un acto presuntamente beneficioso (o de presunta validez moral) son infinitas. Entre ellas, las hay tanto de naturaleza impersonal como personal; y, entre estas últimas, tanto de tendencia altruista como egoísta. Puesto que las razones personales o agencialmente relativas dependen de cada persona (de su carácter, de sus afectos, de sus proyectos personales, de su concepción particular del bien, etc.), será cada persona quien detente en última instancia la potestad de determinar qué le resulta aceptable, sin importar lo que otros agentes lleguen a estimar conveniente o beneficioso para ella.

En este punto, debo formular una aclaración importante. La lógica del beneficio, tal como aquí he empleado esta expresión, parece describir un proyecto que en cierto modo no sería enteramente justo atribuirle a Locke. Por lo pronto, la lógica del beneficio iría ligada a un enfoque *estrecho* o *parcial* del bienestar, probablemente ligado a la teoría de la acción racional y a ciertas variantes del utilitarismo. De acuerdo a este enfoque, las únicas razones que justificarían la conducta de un individuo serían aquellas que lo motivarían a satisfacer sus preferencias *auto-interesadas* si él fuera completamente racional y deliberara a partir de toda la información relevante (*cf.* Brandt, 1979: 329; Hare 1981: 101-105; Sobel, 2016: 95). Pero la obra de Locke, según se ha dicho repetidamente (*cf.* Sheridan, 2016), aporta más bien poco en el plano de la filosofía moral como para saber a ciencia cierta si las numerosas referencias que ella realiza a la noción de 'bienestar', o a las de 'bien común' o 'bien público', tanto en el *Segundo tratado* (#135, #136 y #142) como en los *Escritos sobre la tolerancia* (356), son compatibles con un enfoque de este tipo. No obstante, nótese lo que escribe Locke ni más ni menos que en el *Segundo tratado* al analizar las prerrogativas que poseen los gobiernos para actuar a favor del bien público de modo discrecional o sin esperar los mandatos de la ley: «no es posible suponer que un ser razonable y libre se someta espontáneamente a otro buscando su propia desgracia» (#164). Este pasaje, como bien cabría constatar, abrazaría un principio (**P4**, digamos) mucho más exigente que el principio **P1** formulado en la primera sección de este trabajo (*cf. supra*). Pues, mientras **P1** fijaba un determinado umbral de tolerancia moral para derivar de un acto una manifestación de consentimiento *tácito* a ser tratado de cierta manera, requiriendo el consentimiento *expreso* si este umbral fuera excedido, **P4**, en cambio, parece desechar cualquier forma de consentimiento, siendo compatible –paradójicamente para Locke– con una suerte de paternalismo benefactor. Pero si **P4** también coincide con el enfoque *estrecho* del bienestar tal cual acabo de definirlo, como en efecto pienso que lo hace, ¿no se infiere con toda naturalidad el compromiso de Locke con la idea de que las razones que explican la fuerza normativa del consentimiento solo pueden ser, en última instancia, razones *auto-interesadas* o *egoístas*? Para Locke, simplemente no habría lugar para que una persona se sacrifique en nombre del bienestar de otra persona, ni probablemente tampoco al servicio de un proyecto o ideal de mayor envergadura (*cf.* Sen, 1992: 70-71 y Sobel, 2016: 100-101).

En cualquier caso, hay un desafío que se mantiene en pie con independencia de estas elucubraciones: para una teoría dispuesta a hacer del 'consentimiento' la noción justificatoria central detrás de un arreglo, política o medida, ¿resulta necesaria la apelación a la idea de 'bienestar'? El enfoque *estrecho* del bienestar antes aludido es deudor de una teoría de la racionalidad práctica centrada en el valor del autointerés. Y por eso, a fin de cuentas, se muestra incapaz de reconocer la relevancia normativa que poseen ciertas razones *personales* –a saber: las altruistas o no egoístas– a la hora de explicar el poder justificatorio del consentimiento. Pero hay otros enfoques menos *estrechos* o *parciales*. Pensemos sin ir más lejos en los enfoques más de tipo *objetivistas* del bienestar, como aquellos que postulan una serie de «bienes primarios» (Rawls, 1971), «necesidades

básicas» (Nino, 1990) o «capacidades» (Sen, 1997) sin los cuales ninguna persona podría progresar mínimamente como un agente moral *autónomo*. Aunque tales enfoques tienden a concebir estos elementos como la fuente valorativa de la que surgen la mayor parte de nuestros derechos y obligaciones *obedenciales*, como diría Stair (*cf.* MacCormick, 1990: 155), los cuales vienen a fijar nuestras razones *impersonales* para actuar, ninguno de ellos desconoce la centralidad que cada uno de estos elementos reviste a la hora de garantizar mínimamente el *ejercicio* de una segunda dimensión de la agencia humana, relativa a lo requerimos para autorrealizarnos o perseguir nuestras concepciones particulares del bien.[12] No hay dudas de que esta segunda dimensión de la agencia humana está teñida de un carácter *relativo*, *subjetivo* o *particularista* del que la primera carece, el mismo que explica el pluralismo valorativo imperante en nuestras sociedades liberales. Tal vez por ese motivo podría reservarse la expresión de «bienestar *subjetivo*» para hacer referencia a lo que allí está en juego, algo que ya he sugerido en otras ocasiones (Parmigiani, 2019 y 2020). Sin embargo, el reconocimiento de este carácter no debe confundirse con la defensa de una racionalidad práctica centrada en el valor del auto-interés, dado que el bienestar *subjetivo* capaz de oficiar de fuente de nuestras razones *personales* para actuar, así como para consentir una determinada acción, medida o arreglo, perfectamente puede tratarse del bienestar subjetivo *ajeno*, en contraposición al propio.[13]

12. Amartya Sen es absolutamente claro en este punto. Él diferencia entre la idea de «tener una 'buena' posición» y la idea de «estar 'bien' o tener 'bienestar'» (1997: 74). Mientras la primera idea hace referencia a «la capacidad que tiene una persona para disponer de cosas externas –incluyendo las que Rawls llama 'bienes primarios'», la segunda hace referencia a lo que «una persona puede realizar, tomando ese término en sentido muy amplio», el cual puede consistir en «actividades (como el comer o el leer o el ver) o estados de existencia o de ser, por ejemplo, estar bien nutrido, no tener malaria, no estar avergonzado por lo pobre del vestido o del calzado» (*ibíd.*: 74-77). A su vez, Sen diferencia entre lo que llama 'libertad de bienestar' y 'libertad de ser agente'. La primera libertad «se centra en la capacidad de una persona para disponer de varios vectores de realización y gozar de las consecuciones de bienestar», mientras la segunda «se refiere a lo que la persona es libre de hacer y conseguir en la búsqueda de cualesquiera metas o valores que considere importantes», lo cual «no se puede comprender sin tener en cuenta sus objetivos, propósitos, fidelidades, obligaciones y –en un sentido amplio– su concepción del bien» (*ibíd.*: 85-86). Como espero se aprecie, estas dos libertades coinciden aproximadamente con las nociones de bienestar objetivo y subjetivo tal cual aquí las empleo.

13. Aquí no estoy afirmando que las razones para actuar en pos del *bienestar subjetivo ajeno* se deriven del valor del *bienestar subjetivo propio*, ya que hay numerosas circunstancias que demuestran claramente que este no es el caso. Como bien lo ha analizado Sobel, aquellas *preferencias no morales* que nos instan a contribuir a un proyecto nacional o religioso, por ejemplo, no solo no tienen por qué contribuir a nuestro bienestar personal, sino que a veces conspiran en su contra (*cf.* 2016: 89). De todas formas, lo que no estoy dispuesto a admitir es que estas razones, despúes de todo, puedan *no guardar* relación con el bienestar subjetivo *de nadie*. Personalmente no estoy seguro de lo que piensa Sobel al respecto, aunque en varios pasajes de su texto se desliza la idea de que «aquello que le importa a una persona» [*what a person cares about*], por oposición a «aquello que resulta bueno para ella» [*what is good for her*], constituiría un universo ajeno o no reducible en última instancia a la noción de 'bienestar'. De hecho, para Sobel, no solo lo que le importa a una persona representa un universo ajeno a la noción de bienestar, sino también el universo conformado por las necesidades básicas (*cf. ibíd.*: 94 y sigs.). A mi juicio, en cambio, las necesidades básicas corresponden a la primera dimensión de la agencia humana, vinculada a la formación de la autonomía moral. De todos modos, bien puede ser que esta discrepancia no obedezca más que a una disputa meramente terminológica.

Desde luego, cuando lo que está bajo amenaza es el bienestar *objetivo* ajeno, y no meramente el *subjetivo*, lo que sea que se requiera de nuestra parte en pos de su promoción o mantenimiento bien puede tornar al consentimiento en irrelevante. Como ya lo viéramos, precisamente estas serían las ocasiones en las que Estlund constataría –equivocadamente, en mi opinión –una obligación moral de consentir (*cf. supra*). En ocasiones así, las razones *impersonales* para actuar estarían en condiciones de hacer todo el trabajo justificatorio. Pero no es en modo alguno cierto que cuando lo que está bajo amenaza es el bienestar *ajeno* en su dimensión *subjetiva*, no tengamos auténticas razones *personales* para brindar nuestro consentimiento a una determinada acción aún yendo en contra de nuestro propio bienestar personal, con independencia de cuál de sus dimensiones pueda verse afectada (*cf.* Sen, 1992 y Sobel, 2016). En estos casos, resulta evidente que nadie cuenta con la potestad de *exigirnos* o de *impedirnos* actuar en perjuicio propio.[14] A mi modesto entender, a menos que osemos ignorar la naturaleza verdaderamente consensual de muchos de nuestros actos filantrópicos, caritativos, solícitos o altruistas, estaremos obligados a reconocer que las conexiones existentes entre la idea de bienestar y el poder justificatorio del consentimiento son menos nítidas y, a la vez, más intrincadas de lo que enfoques como el de Locke y sus seguidores habrían alcanzado a entrever.

## 5. CONCLUSIÓN

La filosofía política de Locke, como tantas otras filosofías afines originadas en la Modernidad, ha impregnado una buena parte de las discusiones morales y jurídicas de la actualidad. En el área del derecho privado ligada al derecho de contratos, esta influencia es manifiesta, como lo ilustran los enfoques de R. Nozick (1988: 175-183; véase, además, Hevia, 2013) o R. Posner (2004: 1588), entre muchos otros exponentes. Nótese al mismo tiempo cuán grande ha sido esta influencia que incluso actividades como la recaudación de fondos con fines benéficos ha tendido a ser vista por muchos como si operara, al decir de A. Buchanan, sobre la base del modelo del intercambio [*exchange model*], que postula «una transacción mutuamente beneficiosa entre individuos autointeresados» (1995: 45). Pero, como nota el propio Buchanan, la aplicabilidad de este modelo enfrenta serias limitaciones. ¿Qué tiene para decir, por ejemplo, cuando el benefactor se niega a recibir cualquier gratificación personal, como la inauguración de un edificio que lleve su nombre o la construcción de un monumento en su honor? Si lo que aquí he denominado la lógica del beneficio se interpreta en íntima conexión con este modelo, creo que habremos dado un paso importante en la comprensión de un fenómeno mucho más amplio, dejando de lado cualquier disputa

14. Von Wright analizó este fenómeno en *The Varieties of Goodness*, en donde empleó la expresión «deberes *autónomos* relativos a los otros» [*autonomous other-regarding duties*] justamente para dar cuenta de aquellos compromisos prácticos –o '*practical necessities*', en su terminología (*cf.* 1996: 178) –que asumimos voluntariamente hacia otras personas pero que ellas a su vez no pueden exigirnos (*cf. ibíd.*: 182-186).

meramente terminológica. Como no podía ser de otra manera, el fenómeno en cuestión no es otro que el de cómo está llamada a operar la magia moral del consentimiento en los distintos ámbitos de nuestra vida.

En este trabajo, he intentado rebatir el enfoque lockeano del consentimiento, sustentado en una doble pretensión. Según la primera de estas pretensiones, desarrollada en las secciones 1, 2 y 3, el consentimiento (tácito) es algo que se infiere necesariamente de la recepción de ciertos beneficios. Según la segunda, aludida en la última sección, no sería posible inferir consentimiento alguno de los actos que implican un perjuicio o desgracia personal de cierta envergadura. Sin embargo, luego del recorrido efectuado, hemos arribado a la conclusión de que no solo es comprensible que una persona consienta una medida que la perjudicará personalmente, sino que también lo es que una persona disienta de un acto cuya intención ha sido beneficiarla. En ambos casos, lo que explica el poder justificatorio del consentimiento son nuestras razones *personales* para actuar, las que pueden responder tanto a ciertos valores autorreferenciales o egoístas, como a valores o proyectos vinculados con el bienestar *objetivo* o *subjetivo* de otras personas. Pero incluso hay razones autorreferenciales que mal podrían considerarse egoístas. Quien, como le sucede al protagonista de *Diamante* –la canción de Fandermole que reproduce el epígrafe de este trabajo–, confiesa no poder llevar consigo esa «piedra lunar» que le han regalado, pues en su «campo oscurecido/su luz de infinito/no puede durar», ¿no está precisamente rechazando un obsequio que se supone beneficioso? ¿Y no lo está haciendo sobre la base de una razón personal que tiene más bien poco de 'autointeresada', como sin dudas lo es el reconocimiento del propio demérito?

Ejemplos de este tipo, por cierto, abundan en la literatura y en la vida cotidiana. El enfoque aquí presentado sobre el poder justificatorio del consentimiento simplemente ha pretendido hacer justicia a estos distintos escenarios posibles. La postura de Locke, en cambio, parece darles la espalda.

## 6. BIBLIOGRAFÍA

Alexander, L., 2014: «The Ontology of Consent», *Analytic Philosophy*, 55 (1): 165-74.

Barnett, R., 1986: «A Consent Theory of Contract», *Columbia Law Review*, 86: 269-321.

Brandt, R., 1979: *A Theory of the Good and the Right*, Clarendon Press, Oxford.

Buchanan, A., 1995: «The Language of Fund Raising», en D. Elliott (editora), *The Ethics of Asking. Dilemmas in Higher Education Fund Raising*, The Johns Hopkins University Press, Baltimore y Londres: 43-56.

Buckland, J., 2018: «Skorupski and Broome on the Agent-Neutral/Agent-Relative Distinction», *Utilitas*, 31 (1): 1-24.

Dancy, J., 2004: *Ethics Without Principles*, Clarendon Press, Oxford.

Davidson, D., 1979: «Moods and Performances», reimpreso en D. Davidson, 1984: *Inquiries into Truth and Interpretation*, Oxford University Press, Oxford: 109-121.

Dworkin, Ronald, 1977: *Taking Rights Seriously*, Harvard University Press, Cambridge (Massachusetts).

Estlund, D., 2011: *La autoridad democrática* (traducción de S. Linares), Siglo Veintiuno Editores, Buenos Aires.

Farrell, M. D., 2004: «Autonomía y consecuencias», en H. Hongju Koh y R. C. Slye (compiladores), *Democracia deliberativa y derechos humanos,* Gedisa, Barcelona: 79-88.

Gaus, G., 2011: *The Order of Public Reason: A Theory of Freedom and Morality in a Diverse and Bounded World*, Cambridge University Press, Cambridge.

Hampsher-Monk, I., 1979: «Tacit Concept of Consent and Locke's *Treatises of Government*», *Journal of the History of Ideas*, 40: 135-139.

Hare, R., 1981: *Moral Thinking*, Clarendon Press, Oxford.

Hart, H. L. A., 1963: *El concepto de derecho* (traducción de G. Carrió), 2nda Edición, Abeledo-Perrot, Buenos Aires.

Hattala Matthes, E., 2018: «Impersonal Value, Universal Value, and the Scope of Cultural Heritage», *Ethics,* 125: 999-1027.

Hevia, M., 2014: «Razonabilidad y responsabilidad: Rawls, Kant y la Teoría del Derecho Contractual», *Discusiones*, 15: 5-47.

Hurd, H., 1996: «The Moral Magic of Consent», *Legal Theory* 2, (2): 121-146.

Jay Wallace, R., 2010: «Reasons, Values and Agent-Relativity», *Dialectica*, 64 (4): 503-528.

Kant, I., 1996: *The Metaphysics of Morals* (*MS*) (trad. al inglés de M. Gregor), en P. Guyer y A. Wood. (editores), *The Cambridge Edition of the Works of Immanuel Kant (Practical Philosophy),* Cambridge University Press, Cambridge.

Kant, I., 2004: «Acerca del refrán: 'Lo que es cierto en teoría, para nada sirve en la práctica'» (*TP*) (trad. al castellano de E. Estiú y L. Novacassa). *Filosofía de la historia. Qué es la Ilustración*, I. Kant, Caronte Filosofía, La Plata: 97-135.

Kleinig, J., 2010: «The Nature of Consent», en F. G. Miller y A. Wertheimer (editores), *The Ethics of Consent. Theory and Practice*, Oxford University Press, Oxford: 3-24.

Klosko, George, 2018: «Consent Theory of Political Obligation», en A. Müller y P. Schaber (Editores), *The Routledge Handbook of the Ethics of Consent*, Routledge, Londres y New York: 348-358.

Lloyd Thomas, D. A., 1995: *Locke on Government*, Routledge, Londres.

Locke, J., 2002: *Segundo ensayo sobre el gobierno civil* (traducción de C. Piña), Losada, Buenos Aires.

Locke, J., 2013: *Escritos sobre la tolerancia* (traducción de J. Betegón Carrillo), Gredos, Madrid.

Maccormick, N., 1990: *Derecho legal y socialdemocracia. Ensayos sobre filosofía jurídica y política* (traducción de M. L, González Soler), Tecnos, Madrid.

Miller, F. G. y Wertheimer, A., 2010: «Preface to a Theory of Consent Transactions: Beyond Valid Consent», en F. G. Miller y A. Wertheimer (editores), *The Ethics of Consent. Theory and Practice*, Oxford University Press, Oxford: 79-106.

Müller, A. y Schaber, P., 2018: «The Ethics of Consent: An Introduction», en A. Müller y P. Schaber (Editores), *The Routledge Handbook of the Ethics of Consent*, Routledge, Londres y New York: 1-5.

Nagel, T., 1970: *The Possibility of Altruism*, Clarendon Press, Oxford.

Nino, C. S., 1990: «Autonomía y necesidades básicas», *Doxa,* 7: 21-34 [reimpreso en C. S. Nino, *Derecho, moral y política II*, Gustavo Maurino (ed.), Gedisa, Buenos Aires, 1990: 99-110 (Los escritos de Carlos S. Nino)].

Nino, C. S., 2007: Ética y derechos humanos, 2.ª ed., Astrea, Buenos Aires.

Nino, C. S., 2013: «Derecho penal y democracia», en C. S. Nino, *Una teoría de la justicia para la democracia*, Siglo XXI Editores, Buenos Aires: 99-112.

Nozick, R., 1988: *Anarquía, Estado y utopía* (traducción de Rolando Tamayo), Fondo de Cultura Económica, México D. F.

Parmigiani, M., 2019: «Beneficencia, consentimiento y magia moral: ¿Una propuesta kantiana?», *Revista Portuguesa de Filosofía*, 75 (1): 339-374.

Parmigiani, M., 2020: «Autonomía, autorreferencialidad y esfera privada: Una crítica a la interpretación de C. S. Nino del Art. 19 de la CN», de próxima aparición en S. Álvarez, R. Gargarella y J. Iosa (editores), *Autonomía y Constitución*, Rubinzal Culzoni Editores, Buenos Aires.

Pereda, C., 2004: «Lógica del consentimiento», en León Olivé (compilador), *Ética y diversidad cultural*, Fondo de Cultura Económica, México: 102-129.

Posner, R. A., 2004: «The Law and Economics of Contract Interpretation», *Texas Law Review*, 83: 1581-1614.

Rawls, J., 1971: *A Theory of Justice*, The Belknap Press of Harvard University, Cambridge (Massachusetts).

Raz, J., 2001a: «El gobierno basado en el consentimiento», en J. Raz, *La ética en el ámbito público* (traducción de M. L. Melón), Gedisa, Barcelona: 379-394.

Raz, J., 2001b: *Value, Respect, and Attachment,* Cambridge University Press, Cambridge.

Ripstein, A., 2009: *Force and Freedom. Kant's Legal and Political Philosophy*, Harvard University Press, Cambridge (Massachusetts).

Russell, P., 1986: «Locke on Express and Tacit Consent», *Political Theory*, 14: 291-306.

Scheffler, S., 2006: «Projects, Relationships, and Reasons», en R. Jay Wallace, P. Pettit, S. Scheffler y M. Smith (eds.), *Reason and Value. Themes from the Moral Philosophy of Joseph Raz*, Clarendon Press, Oxford: 247-269.

Sen, A. K., 1997: *Bienestar, justicia y mercado* (traducción de D. Salcedo), Editorial Paidós, Barcelona.

Sheridan, P., 2016: «Locke's Moral Philosophy», en E. N. Zalta (editor), *The Stanford Encyclopedia of Philosophy,* URL: https://plato.stanford.edu/archives/sum2016/entries/locke-moral/.

Simmons, J., 1993: *On the Age of Anarchy: Locke, Consent and the Limits of Society*, Princeton University Press, Princeton.

Simmons, J., 2001: «Denisons and Aliens: Locke's Problem of Political Consent», en J. Simmons, *Justification and Legitimacy. Essays on Rights and Obligations*, Cambridge University Press, Cambridge: 158-178.

Simmons, J., 2010: «Political Obligation and Consent», en Miller, F. & Wertheimer, A. (editores.), *The Ethics of Consent*, Oxford University Press, Oxford: 305-328.

Sobel, D., 2016: *From Valuing to Value. A Defense of Subjectivism*, Oxford University Press, Oxford.

Vallier, K., 2015: «In Defense of Intelligible Reason in Public Justification», *The Philosophical Quarterly*, 00 (0): 1-21.

Von Wright, G. H., 1996: *The Varieties of Goodness*, Thoemmes Press, Bristol.

Waldron, J., 1988: *The Right to Private Property*, Clarendon Press, Oxford.

Wall, S., 1998: *Liberalism, Perfectionism and Restraint*, Cambridge University Press, Cambridge.

Wenar, L., 2017: «John Rawls», *The Stanford Encyclopedia of Philosophy* (Spring Edition), E. N. Zalta (editor), URL: https://plato.stanford.edu/archives/spr2017/entries/rawls/.

Wennberg, M., 2003: «Modeling Hypothetical Consent», *Journal of Libertarian Studies*, 17 (3): 17-34.

Wertheimer, A., 2000: «What is Consent? And Is It Important?», *Buffalo Criminal Law Review*, 3: 557-583.

Westen, P., 2004a: *The Logic of Consent*, Ashgate, Aldershot.

Westen, P., 2004b: «Some Common Confusions About Consent in Rape Cases», *Ohio State Journal of Criminal Law*, Vol. 2: 333-359.

Williams, B., 1973: «A Critique of Utilitarianism», J. J. C. Smart y B. Williams, *Utilitarianism: For and Against*, Cambridge University Press, Cambridge: 75-155.

Yaffe, G., 2018: «Hypothetical Consent», en A. Müller y P. Schaber (Editores), *The Routledge Handbook of the Ethics of Consent*, Routledge, Londres y New York: 95-104.

Doxa. Cuadernos de Filosofía del Derecho, (2020), *43*
e-ISSN: 2386-4702 | ISSN: 0214-8676

# La retórica como política

## Rhetoric as Politics

José J. Jiménez Sánchez

**Autor:**
José J. Jiménez Sánchez
Universidad de Granada, España
jimenezs@ugr.es

**Recibido:** 13-3-2019
**Aceptado:** 5-9-2019

**Citar como:**
Jiménez Sánchez, José J., (2020). La retórica como política. Doxa. Cuadernos de Filosofía del Derecho, *43*, pp. 133-157. https://doi.org/10.14198/DOXA2020.43.06

**Licencia:**
Este trabajo se publica bajo una Licencia Creative Commons Atribución 4.0 Internacional.

© José J. Jiménez Sánchez

**Resumen**

Aristóteles sostuvo la diferencia entre el saber científico que se ocupa de lo indiscutible y necesario y el propio de una facultad como la retórica que lo hace de las opiniones comunes a la mayoría de los miembros de la ciudad, con el fin de persuadirlos, pues tales opiniones son, aunque pueden no serlo, pues cabe que sean de otra manera.

En la doxa sigue presente de manera plena el mundo y solo en él tiene lugar la discusión política, aunque no poseamos ya, como sucedía con Aristóteles, ni una ciencia de la política que establezca como incuestionable el fin de la ciudad, ni una ética que defina el bien absoluto, ni tampoco conocemos una ley indiscutible, la ley común establecida por la naturaleza.

Esta es la razón por la que nos encontramos en una situación en la que no cabe la política como ciencia al modo aristotélico, sino solo la retórica, entendida ahora como política, en la que todo es debatible sin que poseamos ningún criterio que actúe como elemento de orientación en la discusión. De ahí la necesidad de divisar tierra firme que nos oriente en el mar encrespado de discursos libres en el que navegamos.

**Palabras clave:** retórica; doxa; opinión pública; Estado; derecho.

**Abstract**

Aristotle held the difference between scientific knowledge that deals with the indisputable and necessary and that of a faculty such as the rhetoric that deals with the opinions common to most members of the city, in order to persuade them, as such opinions are, although they may not be, because they may be otherwise.

In the doxa the world is still fully present and political discussion takes place only in it, althoug we do not have, as happened with Aristotle, neither a science of politics that establishes the end of the city as unquestionable, nor an ethics that define the absolute good, nor do we know an indisputable law, the common law established by nature.

This is the reason why we find ourselves in a situation in which politics does not fit as a Aristotelian science, but only rhetoric, now understood as politics, in which everything is debatable without having any criteria that act as an element of orientation in the discussion. Hence the need to spot mainland to guide us in the curled sea full of free speeches in which we sail.

**Keywords:** rhetoric; doxa; public opinion; state; law.

> Aunque grandes extensiones de Europa y muchos estados viejos y famosos hayan caído o puedan caer en el puño de la Gestapo y de todo el aparato odioso del dominio nazi, no flaquearemos ni desfalleceremos. Seguiremos hasta el final. Combatiremos en Francia. Combatiremos en los mares y océanos. Combatiremos con confianza y fuerza crecientes en el aire. Defenderemos nuestra isla, no importa lo que cueste. Lucharemos en las playas, lucharemos en las pistas de aterrizaje, lucharemos en los campos y en las calles, lucharemos en las colinas; nunca nos rendiremos. Incluso –y es algo que no me creo un solo momento–, si esta isla o una parte considerable de ella estuviese ocupada y hambrienta, nuestro imperio de ultramar, armado y protegido por la flota británica, continuaría la lucha, hasta que, cuando Dios lo decida, el Nuevo Mundo, con toda su fuerza y su poder, dé el paso al frente para rescatar y liberar al Viejo Continente.
> (Churchill, 2008, 63-64)[1].

> Los ingleses afirman que el pueblo alemán se resiste frente a las medidas de guerra total del gobierno. No quiere la guerra total, sino la capitulación.
> (Gritos: ¡Jamás! ¡Jamás! ¡Jamás!) […]
> Os pregunto: ¿Queréis la guerra total? La queréis, si es *necesario, la guerra total y radical.* […]
> Os he preguntado; me habéis dado vuestra respuesta. Sois una parte del pueblo y por medio de vosotros se ha manifestado la opinión del pueblo alemán. Le habéis dicho a nuestros enemigos lo que tienen que saber a fin de que no se dejen llevar por ilusiones o ideas equivocadas.[…]
> El Führer ordena, *nosotros lo seguimos. Si alguna vez hemos creído fiel e inquebrantablemente en la victoria, más creemos en esta hora de reflexión nacional y fortalecimiento interno.* Se encuentra ante nosotros, a nuestro alcance; solo tenemos que agarrarla. Solo tenemos que tener la firmeza de poner todo lo demás a su servicio. En este momento, ese es el mandamiento. Y por eso, la consigna dice: ¡Ahora el pueblo se levanta y la tormenta se desata!
> (Goebbels, 1943)[2].

> «Cualquier praxis social […] sería impensable sin la función de la retórica»
> (Gadamer, 1977: 661).

1. «Lucharemos en las playas», Cámara de los Comunes, 4 de junio de 1940. Este discurso tuvo lugar el día en que concluía la batalla de Dunkerque, que se había iniciado días antes, el 26 de mayo.
2. «Ich frage euch: Wollt ihr den totalen Krieg?», Berliner Sportpalast, 18 de febrero de 1943.

## 1. INTRODUCCIÓN

Aristóteles establece una primera distinción entre ciencias y facultades, siendo los enunciados en ambos casos los mismos, aunque no lo sea el fin al que se dirigen, pues en el caso de las ciencias su objetivo es la verdad, mientras que en el otro es la persuasión. Así pues, Aristóteles diferencia entre ciencia –*episteme*– y opinión –*doxa*. La *episteme* es un saber de lo que es indiscutible y necesario, por lo que se construye sobre el silogismo demostrativo, que parte de premisas verdaderas, las propias de la ciencia; mientras que la opinión se refiere a la que es común, esto es, las opiniones comunes a todos o al menos a la mayoría de los miembros de una *polis*, unas opiniones que se tienen como plausibles y acreditadas y que son, aunque pueden no serlo, pues cabe que sean de otra manera. De ahí el papel que juega la retórica que usa de esos conocimientos para persuadir a un auditorio y convencerlo a fin de que sigan las propuestas del *rethor*, las que este considera adecuadas para un momento determinado, por lo que no constituyen unas propuestas necesarias, pues cabría que en circunstancias distintas hiciera otras diferentes. En definitiva, el *rethor* ha de tener en cuenta la opinión de los ciudadanos a la hora de plantear sus proposiciones, al mismo tiempo que los ciudadanos constituyen su público, en la medida en que trata de persuadirlos.

Para Aristóteles, el saber científico está presidido por dos principios, primero que «la naturaleza es fin» (Aristóteles, 2008: 1252b 8), por lo que no puedo disponer arbitrariamente sobre ella, sino que he de atenerme a lo que la misma dispone, y segundo que ese conocimiento es universal, pues «lo que existe por naturaleza es inamovible y en todas partes tiene la misma fuerza» (Aristóteles, 1985:1134b 27). Gadamer establece una diferencia entre el saber de la *episteme*, que tiene por objeto la naturaleza, del saber práctico. Así sostiene que Aristóteles funda la ética como una disciplina autónoma frente a la metafísica, con lo que consigue separar el saber propio de la ciencia, un saber objetivo, del saber moral y político de la *phrónesis*[3], sabiduría práctica, que no puede poseer la exactitud máxima de la ciencia, pues «el hombre no dispone de sí mismo como el artesano dispone de la materia con la que trabaja» (Gadamer, 1977: 387). Esto le conduce a hablar de lo humanamente bueno frente a la generalidad vacía de la idea platónica de bien, pues «[e]l que actúa trata más bien con cosas que no siempre son como son, sino que pueden ser también distintas» (Gadamer, 1977: 386), por lo que «debe ver la situación concreta a la luz de lo que se exige de él en general» (Gadamer, 1977: 384), aunque la «generalidad bajo la que se subsume una particularidad sigue determinándose en virtud de esta [… es decir, que] la generalidad de una norma se determina por la concreción del caso» (Gadamer, 1977: 648). En definitiva, «Aristóteles opone el ethos a la physis como un ámbito en el que no es que se carezca de reglas, pero

3. La phrónesis «no es la mera capacidad de elegir los medios correctos, sino que es realmente una *hexis*(actitud firme) ética que atiende también al telos al que se orienta el que actúa en virtud de su ser ético» (Gadamer, 1977: 393, n. 19).

que desde luego no conoce las leyes de la naturaleza sino la mutabilidad y regularidad limitada de las posiciones humanas y de sus formas de comportamiento» (Gadamer, 1977: 384). Esto implica la admisión de que el saber práctico se desenvuelve en un ámbito diferente al de la naturaleza, lo que resume el propio Aristóteles al sostener que «el mejor estado 'es en todas partes uno y el mismo', pero no de la misma manera 'en que el fuego arde en todas partes igual, tanto en Grecia como en Persia'» (Gadamer, 1977: 391).

En realidad, Aristóteles dice que «las cosas que son justas no por naturaleza, sino por convenio humano, no son las mismas en todas partes, puesto que tampoco lo son los regímenes políticos, si bien solo uno es por naturaleza el mejor en todas partes» (Aristóteles, 1985: 1135a 5), lo que hay que entender como desarrollo de sus ideas en torno a la diferenciación entre una justicia política natural y otra legal, teniendo la primera «en todas partes la misma fuerza […sin estar] sujeta al parecer humano» (Aristóteles, 1985: 1134b 20), mientras que la legal «considera las acciones en su origen indiferentes, pero que cesan de serlo una vez ha sido establecida, por ejemplo, […] que deba sacrificarse una cabra y no dos ovejas» (Aristóteles, 1985: 1134b 22), esto es, «las cosas que son justas no por naturaleza, sino por convenio humano, no son las mismas en todas partes» (Aristóteles, 1985a 3). Esto quiere decir que lo que es por naturaleza es indiscutible, siendo controvertible aquello que depende del acuerdo humano, como por cierto corrobora también la diferencia que establece Aristóteles entre la ley particular, escrita por el hombre, y la ley común, que es «la "ley" conforme a la naturaleza; porque existe ciertamente algo –que todos adivinan– comúnmente "considerado como" justo o injusto por naturaleza, aunque no exista comunidad ni haya acuerdo entre los hombres» (Aristóteles, 1994: 1373b 5-10). Entre lo que es indiscutible, porque lo es por naturaleza, se encuentra la ciudad –«una de las cosas naturales» (Aristóteles, 2008: 1253a 3) –, lugar en el que ha de vivir naturalmente el hombre, pues «el hombre es por naturaleza un animal social» (Aristóteles, 2008: 1253a 4), y lo es porque tiene palabra

> para manifestar lo conveniente y lo perjudicial, así como lo justo y lo injusto. Y esto es lo propio del hombre frente a los demás animales: poseer, él solo, el sentido del bien y del mal, de lo justo y de lo injusto, y de los demás valores, y la participación comunitaria de estas cosas constituye la casa y la ciudad (Aristóteles, 2008: 1253a 12).

Así pues, sobre la finalidad de la ciudad no se delibera, sino que se debate acerca de los medios adecuados para alcanzar el fin que es indiscutible, por lo que deliberamos acerca de cuáles debieran ser las leyes adecuadas por medio de las que habría de alcanzarse aquel fin, que no es sino el de «hacer a los ciudadanos buenos y sumisos a las leyes» (Aristóteles, 1985: 1102.ª 8). Estas leyes, así como las formas de gobierno, no solo han de responder a la recta razón, a la que indudablemente tendrán que respetar, sino que lo han de hacer a las condiciones de existencia de cada ciudad, de cada pueblo. Aristóteles lo dice de manera clara cuando afirma que hay que saber, y en esto consiste la cuestión central sobre la que hemos de deliberar, «cuáles convienen a cuáles» (Aristóteles, 2003: 1360a 30-35), esto es, cuáles son las formas de gobierno

que convienen a los diferentes pueblos, pues lo que es bueno en sí y por sí es en todas partes uno y el mismo bien, aunque no pueda entenderse que sea lo bueno para cada uno idéntico a lo que es para otro, pues lo bueno para cada uno ha de ser lo que es conveniente para él, sin que esa conveniencia ponga en cuestión lo que es el bien en sí.

Para Aristóteles la ética[4] como la política o el derecho son ciencias en la medida en que conocen el bien absoluto, el fin de la ciudad o la ley común. Tal bien, fin y ley son indiscutibles, por lo que no tiene sentido discutir sobre ellos, es decir, «no cabe deliberar sobre cualquier cosa, sino solo sobre lo que puede suceder o no, habida cuenta que no es posible ninguna deliberación sobre lo que necesariamente es o será» (Aristóteles, 1994: 1359a, 30-35). Según Aristóteles, la política es una ciencia que se encuentra por encima de las otras, formando estas parte de la primera, pues es la ciencia «suprema y directiva» (Aristóteles, 1985: 1094b 1).Además, todas las otras facultades, la estrategia, la economía y también la retórica, le están subordinadas, puesto que la política prescribe

> qué se debe hacer y qué se debe evitar, el fin de ella incluirá los fines de las demás ciencias, de modo que constituirá el bien del hombre. Pues aunque sea el mismo el bien del individuo y el de la ciudad, es evidente que es mucho más grande y más perfecto alcanzar y salvaguardar el de la ciudad (Aristóteles, 1985: 1094b 5).

Y ese bien es «el mejor bien» (Aristóteles, 1985: 1099b 30), constituyendo el fin de la política, por lo que esta pone «el mayor cuidado en hacer los ciudadanos de una cierta cualidad, esto es, buenos y capaces de acciones nobles» (Aristóteles, 1985: 1099b 30). En definitiva, la política ha de ocuparse de construir un gobierno de leyes y no de hombres, pues «no permitimos que nos mande un hombre, sino la razón, porque el hombre manda en interés propio y se convierte en tirano» (Aristóteles, 1985: 1134a 35). Para ello se dictan leyes que han de satisfacer dos requisitos, primero, que esas leyes no pueden ir contra «la recta razón» (Aristóteles, 1985: 1138a 13) y segundo, han de asegurar el bien de los ciudadanos, que es el bien de la ciudad.

Ahora bien, Aristóteles se enfrenta con un problema pues la palabra bien entendida como aquello que comprendemos por cosas nobles y justas, puede emplearse en muchos sentidos, que «presentan tantas diferencias y desviaciones, que parecen existir solo por convención y no por naturaleza» (Aristóteles, 1984: 1094b 15). Esto le lleva a reconocer que el «bien tiene dos sentidos (una cosa puede ser buena en absoluto o buena para alguien)» (Aristóteles, 1985: 1152b 28), es decir, existe una diferencia entre lo que sea el bien y lo que sea el bien aparente, que no es deseable por naturaleza, sino solo porque es «lo que a cada uno le parece» (Aristóteles, 1985: 1113a 22). Para Aristóteles «la voluntad tiene por objeto un fin» (Aristóteles, 1985: 1113a 15), que es el bien «deseable por naturaleza» (Aristóteles, 1985: 1113a 22), mientras que el bien aparente, que es lo que a cada uno le parece no sería deseable por naturaleza, sino solo objeto de elección. Por lo tanto el bien que lo es por naturaleza no puede ser objeto

4. «Ética y política aparecen, por lo demás, frecuentemente identificadas –o coordinadas– en Aristóteles», (Racionero, 1994: 170 n. 39). Vid., al respecto, Aristóteles, 1985: 1095a 15 y 1102a 12.

de deliberación ni de elección, mientras que sí que lo son «los medios [adecuados para alcanzar] el fin» (Aristóteles, 1985: 1113b 5). Así pues, «no deliberamos sobre los fines, sino sobre los medios que conducen a los fines» (Aristóteles, 1985: 1112b 13)[5], pues ni el médico lo hace sobre si curará ni el político sobre si legislará con la finalidad de alcanzar el mejor bien de la ciudad, lo que quiere decir que sobre el fin no se debate, sino que una vez que se ha «puesto el fin, consideran cómo y por qué medios pueden alcanzarlo» (Aristóteles, 1985: 1112b 16). Esto es lo que le permite a Aristóteles hablar de las dos partes racionales del alma, una, la científica, aquella «con la que percibimos las clases de entes cuyos principios no pueden ser de otra manera» (Aristóteles, 1985: 1139a 8), y la otra, la razonadora, con la que «percibimos los contingentes» (Aristóteles, 1985: 1139a 9), sobre los que se delibera, en tanto que pueden ser de otra manera. Aristóteles trata de sujetar la contingencia propia de toda deliberación por medio del fin al que ha de tender la misma, aunque sea consciente de la dificultad de tal empresa, pues reconoce que «no es fácil determinar mediante la razón los límites» (Aristóteles, 1985: 1109b 21), por lo que la idea del bien es insuficiente para asegurar la corrección de las opiniones plausibles, aquellas que radican en la opinión de los ciudadanos. Dicho de otra manera, el fin que ha de lograrse mediante los medios adecuados que la recta razón nos señala, no es capaz por sí mismo de determinar un uso recto de esa razón, esto es, cabe el desvarío en la determinación de lo bueno en sí, pues esta ha de atender no solo a lo bueno en sí, sino que ha de hacerlo también a lo que es bueno para mí, a lo que estime que sea conveniente para mí. No obstante, Aristóteles pudo, en cierta medida, superar las dificultades de su planteamiento por su concepción de la ciudad, en la que el individuo quedaba supeditado a la misma, pues para él, «[l]a ciudad es anterior a la casa y a cada uno de nosotros, porque el todo es necesariamente anterior a la parte» (Aristóteles, 2008: 1253a 13). De esta manera trató de controlar la determinación del bien, esto es, la deliberación, que quedaba delimitada tanto por el fin, la consecución del bien, como por la supeditación del individuo a la ciudad.

## 2. LA RETÓRICA

La retórica se desenvuelve, sin embargo, en un ámbito distinto, aunque complementario, al de la política o la ética, pues se forja en el terreno de lo discutible y no de la verdad; se despliega en el espacio de la contingencia y no de la necesidad; se mueve, por tanto, en el terreno de la *poiesis*, pues «tiene por objeto "formar" un juicio» (Aristóteles, 1994: 1377b 20), un «juicio de entendimiento» (Racionero, 1994: 307 n. 3) y consiste en «la facultad de teorizar lo que es adecuado en cada caso para convencer» (Aristóteles, 1994: 1355b 26), es decir, el fin de la retórica es la persuasión. La retórica es la facultad que posibilita la construcción de «argumentos convincentes (no de los lógicamente

5. Aristóteles afirma congruentemente con lo dicho que «el hombre es principio de las acciones, y la deliberación versa sobre lo que él mismo puede hacer, y las acciones se hacen a causa de otras cosas. El objeto de deliberación entonces, no es el fin, sino los medios que conducen al fin» (Aristóteles, 1985: 1113a 31).

concluyentes)»; es el «arte de hablar y argumentar» (Gadamer, 1977: 660-661), es, en definitiva, el arte del discurso –*logos*–, que ha de construirse, de acuerdo con Aristóteles, sobre tres pilares, que son, en primer lugar, las fuentes de las que proceden las pruebas por persuasión –êthos, *páthos* y *prâgma*[6]; en segundo, lo concerniente a la expresión y por último, lo relacionado con la utilidad que deriva de la ordenación de las partes del discurso.

Las pruebas propias del arte de la retórica, es decir, las pruebas por persuasión, no son las que ya existían de antemano, ajenas al arte, como las que provienen de lo que dicen los testigos, de lo que se recoge en documentos o de las confesiones obtenidas bajo suplicio[7], sino que son aquellas que se adquieren mediante el discurso, que «es propio de quien tiene la capacidad de razonar mediante silogismos y de poseer un conocimiento teórico sobre los caracteres, sobre las virtudes y, en tercer lugar, sobre las pasiones» (Aristóteles, 1994: 1356a 20-25). Las pruebas por persuasión pueden obtenerse bien mediante pruebas comunes «aduciendo ejemplos[8] –la inducción retórica– o entimemas –el silogismo retórico-» (Aristóteles, 1994: 1356b 5-10), bien por medio de pruebas específicas. Estas residen en el carácter (êthos) del que habla; las que lo hacen en la capacidad para predisponer al oyente de alguna manera (*páthos*)[9] y las que se basan en el discurso (*logos*), esto es, en su argumento (*prâgma*), que puede dar lugar a proposiciones persuasivas por dos razones, en primer lugar porque permite la tipificación de los discursos desde un punto de vista argumental –deliberativos, forenses y epidícticos– y, en segundo lugar, porque hace posible desde un punto de

6. Aristóteles recoge las ideas elaboradas por Platón en el *Gorgias*, especialmente «la de la necesaria […] 'proporción' de los elementos que componen la expresión», así como la de «la integración de dichos elementos en orden al todo», de manera que «el discurso exprese adecuadamente […] el *prâgma*, el êthos y el *páthos*» (Racionero, 1994: 486 n. 25).
7. Aristóteles dice sobre ellas «que parecen tener algún crédito puesto que llevan implícita alguna necesidad» (Aristóteles, 1994: 1376b 34).
8. Según Aristóteles, en el ejemplo se da una relación «de la parte con la parte y de lo semejante con lo semejante» (Aristóteles, 1994: 1357b 25-30). El ejemplo se apoya sobre una relación de semejanza, por lo que es análogo a la inducción, aunque esa relación no es completa. Dice Racionero que «el ejemplo es el correlato inductivo del entimema en cuanto que propone generalizaciones *probables*, que, o bien son persuasivas por sí mismas, o bien lo son como premisas plausibles de un silogismo» (Racionero, 1994: 188 n. 62).
9. En su polémica con Habermas y el papel que puede jugar el pensamiento filosófico en la realidad social, dice Gadamer: «mi escepticismo se dirige contra una sobreestimación irrealista de la razón en comparación con las motivaciones emocionales del ánimo humano. No es fruto de una casualidad literaria, sino una forma muy pensada de delinear un conjunto temático, el que no logre imaginar la confrontación entre hermenéutica y crítica ideológica sin el enorme papel que desempeña en ello la retórica. Marx, Mao y Marcuse –que se encuentran unidos en más de una pintada –no deben con toda seguridad su popularidad al 'diálogo racional libre de coerción'» (Gadamer, 1977: 659-660). Más adelante, Gadamer insistirá en la misma idea al sostener que el hecho de que el arte de hablar se dirija también a los afectos «no quiere decir en ningún caso que con ello quede fuera de lo razonable» y vuelve a insistir en su crítica a Habermas al reconocer que le «parece atrozmente irreal que se atribuya a la retórica un carácter coactivo –como hace Habermas– que habría que poder superar en favor de una diálogo racional libre de coerciones. Con esto no solo se subestiman los peligros de la manipulación y privación de autonomía de la razón por el hablar persuasivo, sino también las posibilidades que la persuasión ofrece al consenso sobre el que reposa la vida social. Cualquier praxis social […] sería impensable sin la función de la retórica» (Gadamer, 1977: 661).

vista formal el uso de criterios generales de contrastación lógica, como su adecuación a fines –felicidad, justicia, etc.–, o a modalidades –pasado, futuro–.

El juego entre retórica, dialéctica[10] y política es muy complejo. Aristóteles considera, tal y como hemos visto, que la política es una ciencia, un saber que parte de premisas verdaderas, y define la retórica como esqueje (Aristóteles, 1994: 1356a 26) de la dialéctica y la política, aunque al mismo tiempo considera que la retórica y la dialéctica no «constituyen ciencias acerca de cómo es algo determinado, sino simples facultades de proporcionar razones» (Aristóteles, 1994: 1356a 34) para un auditorio, mejor dicho, para lo que es plausible para ese auditorio. De alguna manera, la retórica se parece a la dialéctica, pues

> ambas tratan de aquellas cuestiones que permiten tener conocimientos en cierto modo comunes a todos y que no pertenecen a ninguna ciencia determinada. Por ello, todos participan en alguna forma de ambas, puesto que, hasta un cierto límite, todos se esfuerzan en discutir y sostener un argumento e, igualmente, en defenderse y acusar (Aristóteles, 1994: 1354a 1-15).

No obstante, la dialéctica se diferencia de la retórica en que aquella consiste en el arte del discurso filosófico; la dialéctica no concluye silogismos a partir de premisas tomadas al azar, «sino a partir de lo que requiere razonamiento» (Aristóteles, 1994: 1357a 1), y la retórica concluye silogismos «a partir de lo que ya se tiene costumbre de deliberar» (Aristóteles, 1994: 1357a 2), esto es, la retórica versa

> sobre aquellas materias sobre las que deliberamos [«sobre lo que parece que puede resolverse de dos modos»] y para las que no disponemos de artes específicas, y ello en relación con oyentes de tal clase que ni pueden comprender sintéticamente en presencia de muchos elementos ni razonar mucho rato seguido (Aristóteles, 1994a 1-10).

Es decir, la retórica se ocupa de aquello que puede ser de manera diversa, por lo que ha de tener la capacidad de «persuadir sobre cosas contrarias» (Aristóteles, 1994: 1355a 30)[11], y además se dirige a un auditorio que posee ciertas características, especialmente la de su incapacidad de razonamiento, pues «ni aun si dispusiéramos de la ciencia más exacta, resultaría fácil, argumentando solo con ella, lograr persuadirlos» (Aristóteles, 1994: 1356a 25-30). Esta es la razón por la que la retórica «necesita que las pruebas por persuasión y los razonamientos se compongan por medio de nociones comunes» (Aristóteles, 1994: 1355a 25-30), esto es, opiniones generalmente aceptadas, y lugares comunes[12], que son enunciados que «se refieren *en común* a todos [los

10. Cuando no conocemos las premisas verdaderas, sobre las que se construye el silogismo demostrativo, usamos la dialéctica a fin de razonar sobre una premisa y su contradictoria, desarrollando ambas, lo que posibilitará que lleguemos a saber cuál es la verdadera.
11. Y añade «como también sucede en los silogismos, no para hacerlas ambas (pues no se debe persuadir de lo malo), sino para que no se nos oculte cómo se hace y para que, si alguien utiliza injustamente los argumentos, nos sea posible refutarlos con sus mismos términos».
12. «[L]a remisión de un argumento cualquiera a un 'lugar común' constituye un método por el que es posible sustituir las relaciones de inferencias espontáneas, que la razón realiza entre términos particulares, por las relaciones comunes y generales que son de aplicación a todos los casos. La fuerza del argumento reside

géneros] por igual» (Aristóteles, 1994: 1358a 30-35)[13], por lo que no versan sobre ninguna materia determinada ni hacen a nadie especialista en algún género; además, se dicen por medio de los silogismos dialécticos y retóricos, y se ocupan «lo mismo [de] cuestiones de justicia que de física, de política o de otras muchas materias que difieren por la especie, como ocurre, por ejemplo, con el lugar común del más y el menos» (Aristóteles, 1994: 1358a 10-15). En definitiva,

> la retórica se compone, por un lado, de la ciencia analítica y, por otro lado, del «saber» político que se refiere a los caracteres; y sobre que es además análoga, de una parte, a la dialéctica y, de otra parte, a los razonamientos sofísticos. Pero cuanto más se trate de equiparar a la dialéctica o a la propia «retórica», no con facultades, sino con ciencias, tanto más se estará desfigurando inconscientemente su naturaleza, al pasar con ello a construir ciencias concernientes a determinadas materias establecidas y no solo a discursos (Aristóteles, 1994: 1359b 12-18).

Decía H. Arendt que en Grecia «a todo político se le llamaba 'rethor'» (Arendt, 1993: 85 n. 9), asentándose la vida política –*biospolitikos*– sobre dos actividades, la acción y el discurso «de los que surge la esfera de los asuntos humanos […] de la que todo lo meramente necesario o útil queda excluido de manera absoluta» (Arendt, 1993: 39). Ahora bien, la vida política frente a la asociación meramente natural es la vida de la polis, la vida propia de todo hombre, en la que «todo se decía por medio de palabras y de persuasión» (Arendt, 1993: 40). De ahí que el *zoon politikon* solo pueda entenderse si añadimos una segunda definición como *zoon logon ekhon*, esto es, como ser vivo capaz de discurso (Arendt, 1993: 40). El arte de la retórica era el arte de hablar en público, el arte de la persuasión, esto es, «la facultad de teorizar lo que es adecuado en cada caso para convencer» (Aristóteles, 1994: 1355b 25). La retórica no es mero discurso, sino que es un discurso que como tal se dirige a un auditorio, que es especial, por su incapacidad –falta de comprensión en presencia de muchos elementos; incapacidad de razonar mucho rato seguido; insuficiencia de la sola argumentación y necesidad de acudir a las nociones comunes–, y vicios –la maldad de los hombres y su afán de lucro– (Aristóteles, 1994: 1404a 10)[14]. Aquí radica precisamente el interés que pueda

---

entonces no en la materia a la que se refiere, sino en que tal materia es presentada como expresión de una inferencia universal que todos tienen que admitir […] Los tópicos son, pues, *reglas generales de relación*, de las que se puede echar mano para demostrar la validez de todas las formas particulares de relación entre enunciados (sea cual sea su materia), como si tales formas estuviesen, en efecto, clasificadas y depositadas en determinados habitáculos o lugares lógicos» (Racionero, 1994: 190, n. 66).

13. «Los enunciados a que se refiere la retórica son, en efecto, los mismos que pueden ser objeto de las ciencias particulares, pero no en cuanto que son considerados conforme a la verdad, sino en cuanto que se ponen en relación con las facultades. Lo que cambia, pues, no son los enunciados, sino el punto de vista de la consideración: sin dejar de ser *propias*, las especies pueden usarse, con todo *en común* como materia del entimema […] por su función persuasiva» (Racionero, 1994: 192, n. 70).

14. Aristóteles había hablado de «la rudeza de los oyentes» (Aristóteles, 1994: 1359b 2) y no poseía una visión muy positiva sobre el género humano, pues afirmaba que «la mayoría de los hombres son malos y están dominados por el afán de lucro y son cobardes en los peligros, con mucha frecuencia resulta temible estar a merced de otro […Por eso, p]roducen igualmente miedo los que ya han cometido injusticias, si tienen capacidad "de hacer daño", atemorizados como están de sufrir ellos alguna venganza […] También

despertar la retórica, pues se trata de persuadir discursivamente a un auditorio y dado que todas las materias a las que se refiere la retórica se relacionan con la opinión se ha de tener mucho cuidado

> [p]orque lo justo y nada más que ello «es» lo que hay que buscar en el discurso, antes que el no disgustar o el regocijar «al auditorio», y lo justo es ciertamente debatir acerca de los hechos mismos, de suerte que todo lo que queda fuera de la demostración es superfluo (Aristóteles, 1994: 1404a 1-10)[15].

El discurso que es el objeto propio de la retórica, ha de dirigirse al público con la intención de persuadirlo. Por ello ha de construirse sobre la opinión común, sobre el sistema de opiniones establecidas que podemos calificar como lo plausible, al mismo tiempo que lo hace sobre lo que ocurre la mayoría de las veces, esto es, lo probable. Dice Aristóteles que

> lo *probable* es lo que sucede la mayoría de las veces, pero no absolutamente […] sino lo que, tratando de cosas que también pueden ser de otra manera, guarda con aquello respecto de lo cual es probable la misma relación que lo universal respecto de lo particular (Aristóteles, 1994: 1357a 35-40).

Esto es, de la misma manera que lo universal no se determina de manera unívoca, así sucede con lo probable, que siéndolo, no tiene por qué ser uniforme, por eso afirma que sucediendo lo probable la mayoría de las veces, sin embargo no sucede de manera absoluta, pues pudiera suceder también de otro modo. Esto es lo que ocurre, según Aristóteles, con

> la mayor parte de los asuntos sobre los que se requieren juicios y especulaciones [, pues] podrían también ser de otra manera, ya que, por una parte damos consejo y especulamos sobre lo que implica acción y las acciones son todas de este género, de modo que ninguna de ellas procede, por así decirlo, de algo necesario) y como, por otra parte, es forzoso que lo que acontece frecuentemente y es solo posible sea concluido mediante silogismos a partir de premisas semejantes […] resulta así manifiesto que, de las (proposiciones) de que hablan los entimemas, algunas son necesarias, pero la mayor parte solo frecuentes; y, asimismo, que los entimemas se dicen de *probabilidades* y de *signos*[16], de modo que es necesario que cada

los antagonistas en cosas que no es posible que ambos consigan al mismo tiempo, porque con estos se está en lucha siempre. Asimismo, los que dan miedo a los que son más fuertes que nosotros, puesto que tanto más podrán causarnos un daño, si incluso "se lo pueden causar" a los que son más fuertes que nosotros. Y también aquellos a quienes temen los que son más fuertes que nosotros, por la misma razón. Igualmente, los que han quitado de en medio a los que son más fuertes que nosotros y los que andan atacando a los que son más débiles: estos, en efecto, o son ya temibles de suyo o "podrán serlo" después que se hayan crecido» (Aristóteles, 1994: 1382b 5-20).

15. Racionero afirma que la retórica «busca la aquiescencia del oyente, y no la verdad de la cosa» (Racionero, 1994: 483, n.15).
16. En relación con los signos, Aristóteles distingue entre los que son necesarios y los no necesarios. Los primeros son aquellos cuyo argumento es concluyente, en tanto que se aduce algo demostrado y terminado, por lo que guardan una relación entre lo individual y lo universal necesaria. Así pues son «aquellos signos a partir de los cuales se construye el silogismo» (Aristóteles, 1994: 1357b 5). Los segundos son refutables, porque no son susceptibles de un razonamiento por silogismo.

> una de estas dos clases de cosas se corresponda con un tipo de entimema (Aristóteles, 1994: 1357a 20-30).

Por tanto, si la retórica se ocupa de lo que puede suceder de otro modo con la pretensión de persuadirnos, quiere decirse que las acciones humanas se sostienen

> sobre juicios que 'podrían también ser de otra manera' y que 'no proceden de algo necesario' (Aristóteles, 1994: 1357a 27-28). De aquí es, por consiguiente, de donde concluye Aristóteles que el ámbito de razonamiento que corresponde a la acción –y, paralelamente, a la convicción– versa sobre el sistema de las opiniones establecidas (= lo plausible) y sobre lo que acaece la mayoría de las veces (= lo probable) (Racionero, 1994: 183 n. 53).

Ahora bien, no basta con saber que lo que ha de decirse podría ser de otra manera ni que lo que se defiende se asienta sobre lo plausible y lo probable, sino que también «es necesario decirlo como se debe» (Aristóteles, 1994: 1403b 15), lo que quiere decir que la *léxis*, la expresión lingüística, es decir, la forma del discurso es fundamental, pues no es lo mismo a la hora de predisponer al oyente, expresarse de un modo que de otro, hasta el extremo de que «hay discursos escritos que tienen más fuerza por su expresión que por su inteligencia» (Aristóteles, 1994: 1404a 20).

La expresión discursiva exige la corrección y por tanto, la claridad, ya que el discurso ha de hacer patente aquello que se propone, al mismo tiempo que la expresión que se usa, ha de ser la adecuada. Esto requiere que haya proporción e integración entre los elementos que componen el discurso, esto es, el discurso ha de poseer orden y sentido de la medida; también ha de evitarse toda artificiosidad, que impediría resultar convincente, por lo que ha de utilizarse el lenguaje usual, es decir, la naturalidad, a fin de disimular los artificios que se utilicen. Además, la claridad se consigue cuando ni se usan palabras ambiguas ni nombres extraños, sino «los nombres comunes o *apelativos simples* que se usan *específicamente* para designar objetos» (Racionero, 1994: 487 n. 26), es decir, han de usarse los nombres específicos, aunque sea cierto, según Aristóteles, que lo que «se aparta de los usos ordinarios consigue, desde luego, que "la expresión" aparezca más solemne» (Aristóteles, 1994: 1404b 5-10), por lo que la extrañeza, similar a la metáfora[17], puede producir admiración «y todo lo que causa admiración, causa asimismo placer» (Aristóteles, 1994: 1404b 10). Por eso, Aristóteles rechazará usar los nombres desusados, compuestos o los neologismos, mientras que recomienda que se usen «los nombres *específicos*, los *apropiados* y las *metáforas* [, pues] son los únicos útiles para la expresión propia de la prosa sencilla» (Aristóteles, 1994: 1404b 30-35)[18].

17. En relación con la metáfora dice Aristóteles que la metáfora proporciona sobre todo «[l]a claridad, el placer y la extrañeza», *Retórica, op. cit.,* 1405a 5-10, aunque al mismo tiempo recomienda que se diga ajustadamente a sus objetos, lo que «se consigue partiendo de la *analogía*», *Retórica, op. cit.,* 1405a 10-15. En relación con la imagen, a la que considera también como metáfora, Aristóteles cree que en el discurso debe usarse pocas veces, dado su carácter poético.
18. Asimismo es muy crítico con la utilización de los nombres sinónimos, útiles para los poetas, como de los homónimos, que lo son para los sofistas, pues en ellos basan sus fraudes, pues estos nombres constituyen «una forma de ambigüedad correspondiente a la denotación equívoca de dos cosas distintas por un nombre

En caso contrario, el discurso no logrará disimular sus artificios ni alcanzará la claridad que se le exige a todo discurso retórico. Con lo que la expresión será yerma. Por eso habrá esterilidad en la expresión siempre que no se haya logrado la forma adecuada del discurso, lo que ocurre siempre que se usan términos compuestos, inusitados o improcedentes. Esta es la razón por la que Aristóteles sostendrá que aquellos

> que hacen discursos al modo poético, por no ser esto adecuado, caen en el ridículo y en la esterilidad; así como también en la falta de claridad a causa de su palabrería, porque cuando se amontonan «las palabras», el que comprendía ya algo termina por perder la claridad merced al oscurecimiento resultante (Aristóteles, 1994: 1406.ª 30-35).

En definitiva, para Aristóteles la «expresión será adecuada siempre que exprese las pasiones y los caracteres y guarde analogía con los hechos establecidos» (Aristóteles, 1994: 1408.ª 10), es decir, que ha de hablarse en correspondencia con los hechos, haciéndolos convincentes, sin banalizar lo solemne, ni solemnizar lo banal; ha de reflejar las pasiones y mostrar ira si versa sobre un ultraje o indignación si se trata de actos vergonzosos, etc., con lo que la expresión será adecuada si hay proporción en la exposición entre la expresión del carácter del orador, los argumentos y su ajuste con los hechos, al mismo tiempo que es capaz de persuadir al oyente.

Dice Aristóteles que

> el «orador» debe inclinar, con su discurso, «a los oyentes» en el sentido de que se pongan en la disposición de moverse a ira [pero también a la calma, odio, temor, etc.], «presentando para ello» a sus adversarios, a la vez como culpables de aquellas cosas por las que se siente ira [pero también calma, odio, temor, etc.] y como sujetos de la índole propia para excitarla (Aristóteles, 1994: 1380a 1-5).

Es decir, el orador usa de la retórica a fin de convencer a su auditorio y predisponerlo a favor o en contra de ciertas posiciones. Pero a la hora de hacerlo, la retórica no puede impedir que sea utilizada para el mal, pues al constituir un saber técnico, este «es siempre particular y sirve a fines particulares» (Gadamer, 1977: 392), es un arte que puede «convertir el argumento más débil en el de más fuerza» (Aristóteles, 1994: 1402.ª 23), por lo que se trata simplemente de aprenderlo sin que pueda impedirse que se utilice torticeramente. De ahí que Aristóteles afirme que «[n]ada es en efecto tan terrible ni tan atroz como el ejercicio de capacidades geniales para el mal» (Gadamer, 1977: 395).

## 3. LA RETÓRICA COMO POLÍTICA

La facultad de la retórica se basa en la opinión del pueblo, al mismo tiempo que la conforma, esto es, utiliza y configura las nociones comunes de una sociedad, las opiniones establecidas y generalmente aceptadas, y lo hace para alcanzar el fin de la ciudad,

común […, por lo que la homonimia es] uno de los lugares comunes de 'la *oscuridad* en la definición'» (Racionero, 1994: 490, n. 39).

aunque todo esto no evita que pueda usarse también para el mal. Esta posibilidad de un uso ambivalente del discurso, de su capacidad de seducción y persuasión, no es algo que preocupase únicamente a los griegos, sino que ha sido objeto de atención especialmente desde la modernidad, en la que el papel del individuo y, en consecuencia, sus creencias, adquieren un papel preponderante. Precisamente, Hobbes encontró la razón de lo que ocurrió en su país, la quiebra del poder soberano, en que «el pueblo estaba en general corrompido, y a los desobedientes se les tenía por los mejores patriotas» (Hobbes, 1992: 7). Entre ellos señala una diversidad de sectas religiosas aunque preste una mayor atención al papel que jugaron la mayoría de los miembros de la Cámara de los Comunes[19], quienes habían sido educados en la tradición clásica que ensalzaba el gobierno popular y la libertad, frente a la monarquía y la tiranía, así como a las grandes villas, entre ellas la ciudad de Londres, que vieron en la rebelión de Holanda contra su monarca, la razón de su prosperidad.

Hobbes reconoce que «el poder del poderoso no se funda sino en la opinión y la creencia del pueblo» (Hobbes, 1992: 23), al mismo tiempo que lo define como una «multitud de ignorantes» (Hobbes, 1992: 53), que desconocen «su deber hasta tal punto que quizá ni siquiera uno de cada diez mil sabía qué derecho tenía alguien para mandarle, o qué necesidad había de un rey o de una república» (Hobbes, 1992: 9).Cuenta Hobbes cómo en la conformación de la opinión del pueblo intervinieron religiosos, gentileshombres y juristas. La prédica de los religiosos[20] estaba presidida por la preocupación de enseñar al pueblo a quién debía creer, antes de ocuparse de proporcionar las razones de lo que tenía que creer. Por medio de los «sermones y discursos de los predicadores en quienes [los parlamentarios contrarios al monarca] confiaban» (Hobbes, 1992: 79), trataban de «ganarse la simpatía del pueblo hacia sus doctrinas y la buena opinión hacia sus personas» (Hobbes, 1992: 33), al mismo tiempo que lo acostumbraban en contra de aquellas doctrinas que ellos combatían. A «nuestros rebeldes –dirá Hobbes– se les enseñaba públicamente la rebelión en los púlpitos» (Hobbes, 1992: 188). Si esto hacían los predicadores a fin de lograr un gobierno popular en la Iglesia, los gentileshombres deseaban otro tanto en el Estado civil, para lo que trataban de que el pueblo amara «la democracia con sus arengas en el *Parlamento* y con sus discursos y conversaciones con el pueblo en el país, ensalzando continuamente la libertad y vituperando la tiranía» (Hobbes, 1992: 32), con el fin de

19. El juicio que formula sobre los miembros del Parlamento es muy duro, pues los califica de simples. Hobbes no los considera en absoluto como sabios, sino como astutos, pues en su opinión sabio «es el que sabe cómo hacer que su asunto salga adelante, sin servirse de bellaquerías ni mañas innobles, por la sola fuerza de su ingenio. Con la ventaja de dados falsos y cartas amañadas un idiota puede –añadirá– ganar a alguien que sea mejor jugador que él» (Hobbes, 1992: 52).

20. «[E]s de las *universidades* de donde procedían todos los predicadores […] Las *universidades* han sido para esta nación como el caballo de madera para los troyanos», Hobbes, *Behemoth, op. cit.,* pág. 55. A pesar de ello no defiende su supresión, pues son ellas las que pueden enmendar la situación de desconocimiento de reglas de justicia por parte del pueblo llano, aunque para ello haya que enmendar a las propias universidades, disciplinándolas mejor, esto es, sometiéndolas y haciendo que dirijan sus estudios «a enseñar la obediencia absoluta a las leyes del rey» (Hobbes; 1992: 74).

«cambiar el gobierno monárquico en popular» (Hobbes, 1992: 37). Unos, predicadores, y otros, parlamentarios, trataban de seducir a la multitud «mediante protestas desde el Parlamento o mediante sermones en las Iglesias» (Hobbes, 1992: 150-151). A esto se añadía la labor de los juristas, de los

> jueces de los tribunales de Westminster […] que, goza[ndo] de gran reputación por su pericia en el Derecho común y en los estatutos de Inglaterra, habían contagiado a la mayor parte de la *gentry* de Inglaterra con sus máximas y sus casos prejuzgados, a los que denominan precedentes; y les habían hecho tener una opinión tan alta de su propio conocimiento jurídico que estaban encantados de disponer de esta ocasión para hacer gala del mismo contra el rey y así ganar ante el Parlamento una reputación de buenos patriotas y juiciosos hombres de Estado (Hobbes, 1992: 154).

Para Hobbes, la razón por la que el rey pudo ser decapitado se encuentra en que perdió el apoyo del pueblo, a quien se trató y consiguió «cegar los ojos […] con distinciones ininteligibles [… doblegando] la fuerza de la verdadera razón mediante horcas verbales» (Hobbes, 1992: 56), al mismo tiempo que se le trató de levantar «en tumulto» (Hobbes, 1992: 91), para alcanzar determinadas metas políticas, pues

> es más fácil estafar a una multitud que a cualquiera de los que la integran. Pues ¿qué hombre cuyo juicio natural no esté deteriorado por accidente podría ser tan fácilmente engañado en un asunto que afecta a su bolsa, si los demás no le hubieran exaltado apasionadamente con la idea de cambiar de gobierno, o más bien con la de que cada cual tiene derecho a gobernarse a sí mismo? (Hobbes, 1992: 53).

Según Hobbes, el pueblo llano ha sido, y siempre será, ignorante de su deber para con lo público, pensando solo en su interés particular y siguiendo en otros asuntos a sus cabecillas inmediatos (Hobbes, 1992: 54). Sin embargo, esta crítica es más amplia, pues no se refiere solo al pueblo llano, sino también a los propios miembros de las Cámaras, de los que afirma que

> eran todos prudentes y capaces, como cualquiera del país, en los asuntos referentes a sus haciendas privadas, asuntos que no requieren sino diligencia e ingenio natural para gobernarlas. Pero para el gobierno de una república no bastan ni ingenio, ni prudencia, ni diligencia, si faltan reglas infalibles así como la verdadera ciencia de la equidad y la justicia» (Hobbes, 1992: 91-92),

precisamente aquello de lo que disponía Aristóteles y que le permitió hacer una defensa razonable de la retórica, justamente lo contrario de Hobbes, cuya preocupación central fue la de construir esa ciencia a fin de que se enseñara a los hombres los fundamentos de «su deber, esto es, la ciencia de lo *justo* y de lo *injusto*, igual que se han enseñado otras diversas ciencias, a partir de principios verdaderos y demostración evidente» (Hobbes, 1992: 54), al mismo tiempo «que no se inculquen en los ciudadanos ningunas doctrinas u opiniones que puedan hacerles imaginar que tienen el derecho de no obedecer las leyes de la ciudad» (Hobbes, 2016: 145).

Frente a Hobbes y como muestra evidente del fracaso de su proyecto, se encuentra el modelo jurídico-político ilustrado, que reconoce el papel fundamental que ha de

jugar la opinión pública, siempre que esta no se conforme de manera arbitraria, sino racional, es decir, que quienes contribuyan a su formación, sean o no exclusivamente las elites, adopten una actitud crítico-reflexiva y en consecuencia, construyan esa opinión conforme a razones, por más que tengamos que reconocer que la fuerza motivadora de las buenas razones sea débil(Habermas, 1998: 214). La conformación racional de la opinión pública, responde en buena medida a las exigencias de los salones (Craveri, 2003: *passim*) y las '*sociétés de pensée*'[21] propios de los tiempos prerrevolucionarios y revolucionarios de la Francia del xvii y xviii. Estas últimas constituyeron los centros de vanguardia en los que se conformó la opinión, gestándose el pensamiento revolucionario frente al antiguo régimen. Los salones fueron dirigidos finalmente por los *philosophes*, quienes lograron constituir «una auténtica ágora, lista para convertir a toda Francia en un país de utopía» (Craveri, 2003: 441), aunque su precedente se remonta a los salones del xvii, en los que las mujeres arbitraron un espacio similar, si bien con un contenido distinto, pues su preocupación central no era tanto los asuntos públicos, como una «conversación mundana» (Craveri, 2003: 411). Estos salones eran diferentes de los centros de opinión que construyeron los *philosophes,* en los que la conversación se ocupó «de los problemas fundamentales de la nueva sociedad». No obstante y con independencia de los temas sobre los que versara la conversación, ambos salones, los del xvii y xviii, la concebían de manera similar, «como una actividad de grupo que debía favorecer el progreso de la razón, ofreciendo un método de investigación abierto y atento a los mejores argumentos, y pensado para asegurar concretamente la cohesión social y para reforzar el interés por el bien público»[22]. La consecuencia inmediata de los salones del xvii fue la elaboración de toda una serie de reglas sobre las buenas maneras que sirvieron para que la aristocracia pudiera diferenciarse de las nuevas clases y recuperar en una época en la que se había iniciado su decadencia el orgullo de sí misma. En los del xviii existe, por el contrario, una preocupación política que no estaba en los anteriores. Mientras que en estos la opinión que se conforma se refiere solo y exclusivamente a la vida privada por más consecuencias políticas que tal actitud tuviera, en aquellos lo fundamental es la preocupación por lo público. No obstante, la conformación de una opinión pública de acuerdo a los principios de los clubes del xviii es absolutamente insuficiente para nuestras democracias, asentadas sobre el principio de las mayorías.

Creo que esta es la razón por la que los filósofos contemporáneos se han seguido ocupando del papel que la opinión común juega en la conformación de la Öffentlichkeit, esto es, de la esfera pública y cómo se construyen y deconstruyen en ella esas opiniones establecidas y generalmente aceptadas por medio del debate público. Decía Hegel que la bendición del filósofo era la lectura temprana de la prensa[23], lo que populariza

21. Vid., sobre las mismas, F. Furet, *Penser la Révolution française,* Gallimard, Paris, 1978, pág. 271 (Taylor, 2004: 125).
22. J.-P. Sermain, «La conversationau XVIII siècle: un théâtre pour les Lumières?», en *Convivialité et politesse. Du gigot, des mots et autres savoir vivre. Études rassemblées et presentées par Alain Montandon,* Clermont-Ferrand, 1993, págs. 105-130 (Craveri, 2003: 426).
23. «Das Zeitungslesen des Morgens früh ist eine Art von realistischem Morgensegen» (Hegel, 2013: 547).

Heidegger cuando afirma que el hombre es un ser vivo, que lee la prensa[24] y cuyo ser propio lo tiene en la conversación y el discurso[25]. Esto le lleva a revalorizar el papel de la dimensión política de la retórica aristotélica, centrada, como hemos visto, en la relación que se establece mediante el discurso entre el orador y su auditorio, siendo

> el elemento de referencia de los discursos no […] los objetos ideales del pensamiento puro, sino las opiniones [*doxa*] y el sistema comunitario de creencias [*pistis*], los cuales se convierten así en el único criterio de la argumentación (Adrián, 2016: 304).

La *doxa*, «elemento común a todos los individuos de una comunidad» (Adrián, 2016: 305), es la forma específica de estar en el mundo o dicho de otra manera, en la *doxa* está presente de manera plena el mundo y solo en él tiene lugar la discusión política. Por eso reconoce que el hombre no es meramente un animal político, sino que a esa dimensión ha de añadírsele otra, la de un ser capaz de discurso –*logon echon*–[26], por lo que será en el medio común del lenguaje –*logos*–, donde nos abrimos al mundo y a los otros, haciendo posible un espacio de convivencia intersubjetivamente compartido con los demás. El discurso, la conversación común, la conversación con el otro, solo es posible si se asienta sobre el terreno común de la *doxa*, sobre la que se despliega la conversación y en la que es posible el acuerdo con el otro. En la *doxa* se encuentra pues el dominio y guía del ser con el otro en el mundo[27].

La dificultad de compartir entre los distintos hablantes un mismo lenguaje natural no radica simplemente en que compartan el mismo sistema convencional de signos, sino que además hablen de la misma manera acerca de las cosas que se muestran en su mundo. De ahí que se pueda afirmar que el «conocimiento del mundo y el del lenguaje son dos elementos inseparables», lo que explica, a su vez, «por qué los hablantes pueden adquirir a través de la comunicación una comprensión del mundo que va más allá de su propia experiencia personal» (Adrián, 2016: 307). Ahora bien, esto no impide que los hablantes puedan «ser desinformados, engañados y manipulados a través de la comunicación» (Adrián, 2016: 307), lo que constituye el riesgo de la *doxa* y que conduce a Heidegger, siguiendo los planteamientos de Aristóteles, a la reflexión sobre un nuevo concepto: *das Gerede*, la habladuría, mediante el que se piensa lo que sucede cuando hablamos de lo que no conocemos o mal comprendemos, cuando nos dejamos llevar por la moda, cuando somos absorbidos por la palabrería. El discurso es la posibilidad

24. «Der Mensch ist ein Lebendes, das Zeitung liest» (Heidegger, 2002: 108).
25. «Der Mensch ist ein Lebendes, *das im Gespräch und in der Rede sein eigentliches Dasein hat*» (Heidegger, 2002: 108).
26. «Er [der Mensch] lässt sich etwas sagen, sofern er *hört*; er hört nicht in dem Sinne, etwas zu lernen, sondern eine Direktive für das konkrete praktische Besorgen zu haben» (Heidegger, 2002: 111).
27. «Die *doxa* ist es gerade, woraus das Miteinandersprechen erwächst, woraus es seinen Antrieb nimmt, und zugleich auch dasjenige, woraus es das nimmt, worüber verhandelt wird. So ist die *doxa* Boden, Quelle und Antrieb für das Miteinanderreden, so, dass das, was ins Verhandeln selbst sich ergibt, selbst wieder den Charakter einer *doxa* hat und damit dieselbe Funktion der *doxa* übernimmt. Die *doxa* hat die Herrschaf tund Führung des miteinanderseins in der Welt» (Heidegger, 2002: 151).

propia del ser humano, pero también lo es de su propia confusión, pues por medio del discurso puede enredarse, como por cierto ya mostró la sofística[28].

Para Heidegger, el peligro fundamental para el hombre en nuestra época no vendría de un uso sofístico del lenguaje, sino de la posibilidad de una comprensión impropia del mundo que afectaría asimismo a nuestra forma de comportamiento. Esto sucede cuando la *doxa* ejerce «un peculiar dominio por medio del uno indeterminado y cotidiano» (Adrián, 2016: 306), el uno público, que constituye el marco en el que se produce la forma de hablar propia de la habladuría, una repetición y difusión de lo dicho en la que se comprende todo sin que haya habido una apropiación previa de aquello que se comprende, esto es, que en «virtud de la comprensibilidad media ya implícita en el lenguaje expresado, el habla comunicada puede ser comprendida en buena medida sin que el oyente tenga una comprensión originaria del ser de aquello de lo que se habla», es decir, se comprende lo hablado, «pero aquello de lo que se habla se comprende solo aproximada y superficialmente» (Heidegger, 2006: 191)[29]. La habladuría asume un carácter autoritario, pues no se apoya en los entes mismos, sino que lo hace en lo que se dice –*man sagt es*–, en lo que los otros dicen, en lo que se sigue diciendo y repitiendo, por lo que «[u]no ve, actúa y juzga tal como *se* ve, *se* actúa y *se* juzga», es decir, el sujeto del entendimiento medio «se llama simplemente el 'uno' o el 'se' impersonal» (Han, 2016: 73). De ahí que el entendimiento medio no puede salir de lo que se repite ni puede alcanzar lo que es originario. Esto solo podría lograrse mediante «un discurso afectivamente comprensor» (Heidegger, 2006: 193), por medio del que evitaríamos el desarraigo permanente en el que nos encontramos. La comprensión directa y originaria queda relegada por la comprensión media instalada en el habla, con lo que se pierde la relación primaria con el ser del ente de que se habla, al mismo tiempo que se impone un modo, de interpretar las cosas, aquel que se encuentra en la comprensión media de las cosas, esto es, en lo hablado. A esto no se puede renunciar, sino que habrá de partirse de ese lenguaje común en toda actividad interpretativa que quiera llegar a constituirse como una comprensión originaria.

Con independencia de las dificultades que tal propuesta contiene, así como de lo que pudiéramos pensar sobre la misma, lo cierto es que no la mantuvo a lo largo de su obra, quizá porque se enfrentaba a las mismas dificultades con que lo hicieron Aristóteles y Hobbes, las incapacidades y vicios de la mayor parte de los hombres, sin poseer los anclajes del primero, considerados como incuestionables, situación en la que, por cierto, ya se había encontrado el mismo Hobbes. No obstante, ocho años después defendía una salida política por medio de la violenta acción creadora de Estados,

28. «Wenn die Rede die eigentliche Möglichkeit des Daseins ist, in der es sich abspielt, und zwar konkret und zumeist, dann ist gerade dieses Sprechen auch die Möglichkeit, in die sich das Dasein verfängt, das Dasein in einer eigentümlichen Tendenz, im Zunächst, in der Mode, im Geschwätz aufzugehen und sich von da leiten zu lassen. Dieser Prozess des Lebens, in der Welt, in dem, was üblich ist, *aufzugehen, zu verfallen* an seine Welt, in der er lebt, ist für die Griechen selbst durch die Sprache zur Grundgefahr ihres Daseins geworden. Der Erweis dieses Tatbestandes ist die Existenz der Sophistik» (Heidegger, 2002: 108).

29. No obstante sigo la traducción de Adrián Escudero (Adrián, 2016: 308).

una acción política, esta sí, capaz de moldear voluntades (Habermas, 2003: 62)[30]. Afortunadamente nosotros nos encontramos lejos de tal situación, pero también de la posibilidad de alcanzar una comprensión originaria, por lo que posiblemente seamos desafortunados. Quizá sea esa la razón por la que se define nuestra época como post-metafísica. A pesar de ello siguen subsistiendo ciertos remedos de imitación de la seguridad aristotélica como son los casos de la llamada ciencia política, la moral cognitivista o la teoría del derecho, si bien lo cierto es que no poseemos ya saberes al modo aristotélico, ni existe una ciencia de la política que establezca como incuestionable el fin de la ciudad, ni una ética que defina el bien absoluto, ni tampoco conocemos una ley indiscutible, la ley común establecida por la naturaleza. Desde que el individuo suplantó el papel de la ciudad constituyéndose en el gozne sobre el que se construye la misma, todo fue discutible. No obstante, este problema no se resuelve en la ciencia, lo que pudo hacer Aristóteles e intentó Hobbes, sino que ha de hacerse en el Estado democrático de derecho, asentado sobre la soberanía popular y el reconocimiento de iguales derechos y libertades.

Quizá la mejor expresión del tiempo en que vivimos siga siendo la teoría de Kelsen acerca de la democracia. Esta se asienta sobre dos postulados, el principio de la mayoría y el de la libertad de expresión, ambos son expresión del trasfondo relativista que preside su obra. La democracia se entiende como el gobierno del pueblo, cuya voluntad, articulada por medio de la regla de la mayoría, se expresa a través de las urnas, de manera que la voluntad del pueblo se identifique, en una segunda mediación, con la voluntad mayoritaria de los representantes elegidos. Sin embargo, esta democracia asentada en la regla de la mayoría puede degenerar en lo que Kelsen llamó el imperio de la mayoría. Cuando esto sucede la política se sitúa por encima del derecho, transformándose en táctica maniobrera cuyo fin único consiste en alcanzar y mantener el poder por encima de cualquier otra cosa y, en consecuencia, sin ningún tipo de vinculación con el plano normativo, que es desde el que cabría o no legitimar tales prácticas. Esta concepción de la política, anclada en el terreno de los hechos y separada de toda vinculación de carácter normativo, es schmittiana. En Schmitt no hay otra realidad política que vaya más allá de esto, ni siquiera el derecho, pues aunque «la soberanía del derecho» como «la soberanía de los hombres que imponen las normas jurídicas y se sirven de ellas» (Schmitt, 1987: 95), han sido consideradas con la pretensión de que por medio de ellas se alcanzara la legitimidad, sin embargo no son para Schmitt sino meras «ilusiones (…) con las que en tiempos de seguridad no estorbada gustan los hombres de engañarse a sí mismos acerca de las realidades políticas» (Schmitt, 1987: 82). De este modo niega la posibilidad de mediación jurídica, así como que puedan establecerse ciertas dosis de racionalidad mediante el derecho y aún más, pues afirma que en el terreno espiritual «*dominio* y *poder* se convierten en *propaganda* y *manipulación de masas*» (Schmitt, 1987: 100)[31].Para evitar ese imperio de la mayoría, la democracia requiere de ciertas

30. En la que se refiere a la obra de M. Heidegger, *Introducción a la metafísica* de 1935.
31. Vid., asimismo, Jiménez, 2005 y 2006.

correcciones, que Kelsen denominó autolimitaciones, en la medida en que las mismas dependían de la propia decisión de las mayorías, que deciden restringirse por medio de la creación de una serie de derechos y libertades individuales que actúan como límites de las decisiones mayoritarias. A fin de asegurarlos, Kelsen introduce dos medidas, primero, la mayoría cualificada que funciona como freno de la mayoría absoluta y segundo, el control de constitucionalidad.

En relación con el segundo postulado, la libertad de expresión, dice Kelsen que en una sociedad democrática se tiene

> a la verdad y a los valores absolutos por inaccesibles al conocimiento humano [por lo que se] tiene que considerar al menos como posible no solo la propia, sino también la opinión ajena y contraria […] La democracia aprecia por igual la voluntad política de todos, como también respeta por igual todo credo político, toda opinión política, cuya expresión es la voluntad política. Por ello brinda a toda convicción política la posibilidad de manifestarse y de ganarse el ánimo de los hombres en libre concurrencia (Kelsen, 2006: 225-227).

Precisamente, estas exigencias son las que vienen preservadas mediante el reconocimiento de toda una serie de derechos y libertades que no quedan limitados simplemente a aquellos que permiten una mera participación indirecta, que es la que conduciría a la elección de nuestros representantes, o directa por medio de referéndums, sino que va más allá en la medida en que tales derechos aseguran la inmediata participación de los ciudadanos en los asuntos públicos, es decir, en la conformación de la opinión pública, que según sostuvo Hobbes en el *Behemoth* es el auténtico soberano. Esa es la función del reconocimiento de la libertad ideológica, libertad de expresión, derecho de reunión, derecho de asociación, etc.

Ahora bien, si lo absoluto es inaccesible, tal y como afirma Kelsen, al conocimiento humano quiere decirse que solo cabe la *doxa* y por lo tanto, que no será solo posible mi opinión, sino también la ajena y contraria. Es decir, en democracia caben todas las opiniones que, además, merecen, de acuerdo con Kelsen, igual respeto. De ahí que se caracterice la democracia como un libre mercado de ideas, en el que todas ellas luchan entre sí en libre concurrencia de manera que finalmente algunas de ellas ganen el ánimo de los hombres. Esta comprensión de lo que haya de entenderse por democracia nos ha conducido a la situación en la que nos encontramos, donde no hay política como ciencia al modo aristotélico, sino solo retórica, entendida ahora como política, en la que todo es debatible sin que poseamos el criterio de lo indiscutible, que actuaba como elemento de orientación en la discusión. Por eso, la retórica que poseemos, se mueve en un mar de discursos libres, en el que ni siquiera tenemos como criterio orientativo la obsesión de un capitán Ahab. Por eso, si no somos capaces de encontrar conceptos que nos sirvan para encauzar de alguna manera esa multitud de opiniones, aquella retórica puede terminar siendo completamente tóxica. Esta es la razón por la que hoy se habla de la «toxicología de la retórica» (Grünbein, 2019) como un nuevo campo de investigación.

Por lo tanto, la libertad de expresión, el libre mercado de ideas, no puede entenderse como un mercado en el que cada cual vierte sus ideas de modo arbitrario, caprichoso,

sino que habría que delinearlo como una idea de la razón, «que puede ser determinado por la *razón pura*» (Kant, 1989: 16). De ahí que Kant defienda que la «*libertad* del arbitrio es la independencia de su *determinación* por impulsos sensibles», así como «la facultad de la razón pura de ser por sí misma práctica», lo que requiere que se someta «la máxima de cada acción a las condiciones de aptitud para convertirse en ley universal» (Kant, 1989: 17). En el fondo aquí se encuentra la razón por la que la democracia ha de construirse bajo leyes, las leyes de la libertad, que lo son morales y jurídicas; y ha de pensarse, al mismo tiempo, como un régimen político asentado sobre la libre discusión, esto es, sobre el libre fluir de las distintas ideas y concepciones en torno a los más diversos problemas que se quieran elevar a debate dentro de esa sociedad. Aunque ese fluir haya de enmarcarse dentro de las instituciones del Estado de derecho a fin de poder discriminar entre tales ideas, pues si bien todos, en tanto que ciudadanos, merecemos igual respeto y consideración, no lo merecen por igual, sin embargo, nuestras ideas, en tanto que hemos de poder discriminar entre las que sean adecuadas y las que no, esto es, en tanto que ciudadanos logramos igual respeto y consideración, es decir, tenemos derechos iguales, aunque de ello no quepa deducir que también se alcance ese igual respeto y consideración para nuestras opiniones. Dicho de manera más clara, tenemos el derecho de expresar nuestras opiniones y ese derecho vale tanto como el de otro cualquiera, pero no tenemos el derecho de que nuestras opiniones valgan igual que las de los demás. Tendrán que someterse a una criba de racionalidad, que es la que determinará cuáles son las opiniones que sí merecen respeto y consideración y cuáles no. En definitiva, la libertad de expresión es un elemento central de toda democracia constitucional, pues sobre ella se asienta la posibilidad de construir una opinión pública libre y racional, que es la que permitirá que se levanten mayorías respetuosas con las minorías. Por ello no cabe cercenar la libertad de expresión sino en casos muy extremos. Un régimen político democrático debe admitir, de acuerdo con su fundamento –la deliberación en común–, el mayor disenso posible, y tanto más democrático será en la medida en que alcance un mayor grado de respeto por el derecho que poseen quienes sostienen posiciones divergentes, incluso aquellas que pudieran suscitar nuestro mayor rechazo.

Ahora bien, esto no quiere decir que no hayamos de ser conscientes del problema central que arrastra desde los inicios de la modernidad y que se nutre del reconocimiento de la primacía de una subjetividad centrada en sí misma y con una enorme capacidad de disolución del orden social. Hobbes lo comprendió muy bien cuando afirmó que

> algunos hombres están tan vehementemente enamorados de sus propias opiniones, por absurdas que estas sean, y están tan obstinados en mantenerlas, que también les han dado ese respetable nombre de *conciencia*, como si les pareciera un crimen cambiarlas o hablar contra ellas; y, así, pretenden con ello decir que saben que son verdaderas, cuando, como mucho, lo único que saben es que ellos piensan que lo son (Hobbes, 1989: 61).

Para evitar los males de esa preeminencia del individuo, tratará de instituir un Estado que nos permita evitar el laberinto en el que nos encierra la individualidad de nuestra conciencia, aunque para ello no encuentre otra solución que la de acudir a nuestra

misma voluntad particular y asentar sobre el consentimiento voluntario de todos y cada uno de nosotros la institución de una república, cuya autoridad establezca con sus decisiones la norma común. Es decir, la regla de lo bueno y lo malo no deriva de la naturaleza de los objetos, sino del árbitro, que han instituido por mutuo consentimiento los mismos individuos. Aparentemente, Hobbes cae en un círculo vicioso, aunque en realidad no sucede así, ya que los individuos se limitan a instituir un soberano al mismo tiempo que renuncian y transfieren su derecho natural a establecer que sea bueno o malo al soberano instituido. De este modo podrá fundarse una república, en la que la autoridad tiene la capacidad de dictar las reglas que diriman lo que es correcto e incorrecto, lo que está bien y lo que está mal, en definitiva, la norma de lo común, que servirá para solucionar pacíficamente las desavenencias. Así pues, la única manera de preservar la paz es que acordemos con los demás la renuncia mutua a hacer uso de nuestro derecho natural a todo. Se trataría, por tanto, de suscribir «por miedo» (Hobbes, 1989: 117) un convenio que obliga, pues no puedo dejar de actuar de acuerdo con el mismo, en tanto que así lo he convenido, transfiriendo mis derechos al soberano. Con ello, Hobbes reconoce, ya en sus inicios, la insuficiencia de la subjetividad moderna, de la razón individual, pues solo puede solventar las dificultades que ella misma crea, negándose, es decir, solo puede resolver las disputas que tienen su origen en la diversidad de nuestras conciencias individuales, en la medida en que instituye una norma común por encima de ellas, con lo que así evitaría la disolución que acarrea la pluralidad de lo que se decide por las diferentes conciencias individuales. Esta es la razón por la que acordamos instaurar un poder civil, capaz de obligarnos a cumplir con el pacto que libremente hemos acordado. La consecuencia de tal planteamiento es evidente, la libertad individual se encierra en la conciencia sin que pueda adquirir presencia real, esto es, sin que pueda expresarse. Así pues, la institucionalización de un poder común se justifica por la penuria de la conciencia individual que dejada a sí misma desembocaría en un estado de guerra de todos contra todos. Ni siquiera la idea de una libertad guiada por la razón es suficiente, pues el uso de la razón termina precisamente en que cada uno crea que es él quien la posee frente a la comprensión que de la misma tengan los demás, lo que finalmente exige la institucionalización de un soberano, es decir, la creación de un Estado. Es evidente que tal construcción conlleva las dificultades que se derivan de diseñar un poder constituido como poder irrestricto que somete al individuo, quien por preservar su vida renuncia a la capacidad de determinar lo que está bien y mal. Este es el precio que pagamos por evitar los riesgos de la pluralidad de opiniones, es decir, la supresión de cualquier derecho individual que pueda poner en cuestión el poder absoluto que hemos erigido. Sin embargo, el problema seguirá subsistiendo a pesar de los intentos de Hobbes, pues fue incapaz de articular la voluntad particular, lo bueno para cada uno, con la voluntad de la ciudad, lo bueno en sí y por sí, ya que se limitó a supeditar la primera a la segunda.

La dificultad fundamental radica en tratar de alcanzar una mediación entre ambas voluntades sin que ninguno de los términos en cuestión quede suprimido. La voluntad particular se mueve necesariamente en la contingencia, mientras que en la abstracción

lo hace la voluntad general, por lo que esta requiere de aquella para su determinación. De ahí que el problema consista en encontrar un mecanismo que permita, primero, la invención de una voluntad general de manera autónoma, esto es, sin necesidad de la institucionalización de un representante. Y en segundo lugar, que facilite la determinación de la voluntad general por medio de la voluntad particular, al mismo tiempo que aquella permanezca en su universalidad, sin que ello impida que se asegure la pervivencia de la voluntad particular. Esto solo puede lograrse si somos capaces de encontrar el terreno adecuado para poder mantener la libertad de cada individuo de manera que fuese compatible con la de los otros. Para conseguirlo había que transformar esa libertad individual, nuestro derecho natural a realizarnos en todo nuestro potencial, en una libertad política, que solo puede realizarse en un terreno que no es el de la mera contingencia, aquel en el que Aristóteles había situado la deliberación, o Hobbes a la multitud de individuos, sino que es el espacio del derecho, que permite la transformación de la voluntad particular en una subjetividad de carácter normativo por medio del reconocimiento de los derechos y libertades individuales, lo que facilita que la libertad individual se realice sin verse arrastrada por la arbitrariedad o las circunstancias, de manera que quede anclada en la voluntad general, con lo que se aseguraría, al mismo tiempo, que aquella, la particularidad, que constituye la libertad individual, subsista ahora transformada en aquella subjetividad. Esto solo puede hacerse en un Estado asentado sobre la voluntad general, «lo en y por sí racional» (Hegel, 1988: 320). Es decir, si somos capaces de transformar la multitud de Hobbes en un Estado, en un poder soberano, pero no a su modo, como poder fáctico, absoluto e irrestricto, sino normativamente.

Para ello habrá que erigir el Estado sobre la voluntad general, esto es, sobre la soberanía popular. Nuestra construcción del Estado constitucional, del Estado democrático de derecho, se asienta sobre la diferencia que se establece entre poder constituyente y poder constituido, entre la totalidad de los hombres –*das gesamte Publikum*– y la soberanía del pueblo, entre Öffentlichkeit y *Volkssouveränität* (Maus, 2011: 10, 44 y ss.), o dicho en otros términos, entre *Bevölkerung* y *Volk* e incluso algo más, entre los *Völker* y el *Demos* (Hegel, 1966: 421, 432). Estas distinciones permiten levantar el edificio jurídico-constitucional del Estado democrático de derecho sobre el pueblo en tanto que soberano democrático (Maus, 2011: 17)[32] y concepto normativo, esto es, como poder constituido. De este modo, el Estado constitucional se asienta sobre la unidad del pueblo soberano. No obstante, hay que decir que la soberanía del pueblo no es real, sino atribución o adscripción (*Zuschreibung*), esto es, que el soberano permanece como un sujeto de imputación abstracto (*abstraktes Zurechnungssubjekt*) en relación con los actos de la autoridad pública, lo que no quiere decir que el reconocimiento del pueblo como sujeto de imputación no tenga significado práctico. La soberanía del pueblo

32. Aquí se apoya en Rousseau y Kant para sostener la identificación de la constitución [*Konstituierung*] del pueblo con la del soberano democrático; en la pág. 19, hablará de la relación entre soberanía popular y Estado de derecho.

puede ser una ficción, aunque el hecho de que se reconozca al pueblo como la fuente de la autoridad pública, como aquel ante quien ha de ser responsable quien ejerza el poder, produce consecuencias reales (Grimm, 2009: 75).

Además, tenemos que encontrar un mecanismo que nos permita salir de la abstracción de la voluntad general, sin necesidad de caer en su disolución, al asegurar que su universalidad permanezca en su determinación. Es evidente que solo mediante la particularidad es posible la realización de la voluntad general. La cuestión radica en lograr que este proceso no termine por deshacer el orden social asentado sobre la universalidad de la voluntad general. Por ello, es imprescindible que lo universal permanezca consigo mismo en su determinación. Solo lograríamos la unidad de lo indeterminado –lo universal abstracto– y lo determinado –la voluntad particular– en una subjetividad de carácter normativo. Y esto lo consigue un sistema democrático al establecer la determinación de la voluntad general, la voluntad del pueblo soberano, por medio de la suma y resta de las voluntades particulares, es decir, por medio de la regla de la mayoría. Será la suma mayoritaria de las voluntades particulares la que establezca la determinación de la voluntad soberana. Esto supone introducir la contingencia en el centro mismo de la construcción del Estado democrático de derecho. Este es el riesgo de la democracia, que no es sino el de los excesos de la libertad. La política como retórica se encuentra en medio del sistema y esto no puede evitarse, pues hemos desplegado, como no puede ser de otro modo, en el centro mismo del Estado el pluralismo propio de la opinión pública, es decir, la negación del sí mismo de la voluntad general, por lo que tendremos que averiguar cómo es viable la recuperación de lo universal en su determinación por la particularidad, es decir, por su misma negación. ¿Cómo es posible, entonces, evitar que la particularidad disuelva la universalidad sobre la que ha de justificarse el Estado? O dicho de otra manera, cómo evitaríamos el fracaso de la política, que es lo que sucede cuando se deja al juego de los intereses particulares absolutamente incontrolados. En mi opinión, solo lo conseguiríamos si la asentáramos sobre aquello que la hace posible. La política solo es justificable en un Estado democrático de derecho en la medida en que no se ejerce meramente en el terreno de la opinión pública, en el terreno de la contingencia de las opiniones particulares, sino que se realiza en el Estado por ciudadanos, que en tanto que tales poseen derechos y libertades individuales. Este es el papel de las libertades, no simplemente una plasmación de lo bueno en sí y por sí, sino aquello que permite que cada uno pueda defender lo que cree conveniente para él, pero no desde el mero interés particular, contingente, sino desde el ejercicio de una ciudadanía que conlleva en sí misma el valor de la universalidad, en tanto que esta se determina no simplemente por la voluntad particular, sino que se realiza por medio de la subjetividad constituida normativamente por esos derechos y libertades individuales, una subjetividad que solo es posible asegurar si se respetan tales derechos, que han de quedar al margen necesariamente de la eventualidad de una opinión pública arbitraria. Dicho con mayor rotundidad, el reconocimiento en el Estado constitucional de una serie de derechos y libertades individuales asegura que la determinación de la voluntad general no quede arrastrada por el capricho de las voluntades particulares,

sino que permanece en su universalidad en la medida en que su determinación se lleva a cabo en el terreno normativo, que es aquel en el que se mueven los ciudadanos, que en el ejercicio de sus derechos no pueden abolir de manera justificada aquello que les permite realizar la voluntad general. En definitiva, el límite de la determinación de la voluntad general se encuentra en la subjetividad normativa diseñada por las libertades y derechos individuales reconocidos, por ejemplo, en nuestra Constitución, pero también en cualquier otra democracia constitucional, lo que no nos permitirá definir el fin de la ciudad, aunque sí diferenciar entre un buen o mal uso de nuestra retórica, de nuestra política, de nuestros discursos, con lo que podremos calificar el mejor, el del Dr. Goebbels, como un discurso que encierra la posibilidad de destrucción del diferente, así como su propia autodestrucción, pues a falta de verdad, lo que nos queda es asegurar la duda, esto es, los mecanismos que permitan una rectificación permanente de nuestras creencias en una discusión continuamente abierta. Esta capacidad de resurgir de sus propios errores es lo único que nos ofrece el régimen de libertades instituido en una democracia constitucional, el peor de todos los regímenes jurídico-políticos, si exceptuamos todos los demás, Churchill *dixit*.

## BIBLIOGRAFÍA

Adrián Escudereo, J., 2016: *Guía de lectura de Ser y Tiempo de Martin Heidegger,* vol. 1, Herder, Barcelona.

Arendt, H., 1993 (1958): *La condición humana*, int. de M. Cruz, trad. de R. Gil Novales, Paidós, Barcelona.

Aristóteles, 1985: Ética *nicomáquea. Ética eudemia,* int. de E. Lledó Íñigo; trad. y notas de J. Pallí Bonet, Gredos, Madrid.

Aristóteles, 1994: *Retórica,* int., trad. y notas de Q. Racionero, Gredos, Madrid.

Aristóteles, 2003: *Retórica*, trad., pról. y notas de A. Tovar, Centro de Estudios Políticos y Constitucionales, Madrid.

Aristóteles, 2008: *Política,* int., trad. y notas de M. García Valdés, Gredos, Madrid.

Churchill, W. S., 2008: *Debemos defender nuestra isla cueste lo que cueste y otros discursos*, trad. de F. Nápoles, pról. de H. Kamen, PMI, Barcelona.

Craveri, B., 2003 (2001): *La cultura de la conversación,* trad. C. Palma, Ediciones Siruela, Madrid.

Gadamer, H. G., 1977 (1975): *Verdad y método. Fundamentos de una hermenéutica filosófica,* trad. de A. Agud Aparicio y R. de Agapito, Ediciones Sígueme, Salamanca.

Goebbels, J., 1943: «Rede im Berliner Sportpalast [Wollt Ihr den totalen Krieg]», 18 Februar, Bayerische Staatsbibliotek.

Grimm, D., 2009: *Souveränität. Herkunft und Zukunft eines Schlüsselbegriffs*, Berlin University Press.

Grünbein, D., 2019: «Wie aus Sprache Gewalt wird», *Die Zeit,* n.º 3.

Habermas, J., 1998 (1992, 1994): *Facticidad y Validez. Sobre el derecho y el Estado democrático de derecho en términos de teoría del discurso*, trad. M. Jiménez Redondo, Trotta, Madrid.

Habermas, J., 2003 (1971): *Perfiles filosófico-políticos*, trad. de M. Jiménez Redondo, Taurus, Madrid.
Han, B.-Ch., 2016 (2005): *Sobre el poder,* trad. de A. Ciria, Herder, Barcelona.
Hegel, G. W. F., 1966 (1807): *Fenomenología del Espíritu*, trad. de W. Roces, FCE, México.
Hegel, G. W. F., 1988 (1821): *Principios de la Filosofía del Derecho*, trad. de J. L. Vermal, Edhasa, Barcelona.
Hegel, G.W.F., 2013 (181-1807): *JenaerSchriften 1801-1807 Werke 2*, Suhrkamp, Frankfurt am Main (7.ª).
Heidegger, M., 2002 (1924): *Grundbegriffe der aristotelischen Philosophie, GA 18,* V. Klostermann, Frankfurt am Main.
Heidegger, M., 2006 (1927): *Ser y tiempo*, trad., pról. y notas de J. E. Rivera, Trotta, Madrid.
Hobbes, Th., 1989 (1651): *Leviatán*, trad., pról. y notas de C. Mellizo, Alianza editorial, Madrid.
Hobbes, Th., 1992 (1668): *Behemoth,* estudio preliminar, traducción y notas de M. Á. Revilla, Tecnos, Madrid.
Hobbes, Th., 2016 (1651): *De Cive. Elementos filosóficos sobre el ciudadano,* trad., pról. y notas de C. Mellizo, Alianza, Madrid.
Jiménez Sánchez, J. J., 2005: «La opinión pública», *Anuario de Filosofía del* Derecho, vol. XXII, 2005, 181-201.
Jiménez Sánchez, J. J., 2006: «The Ruins of the Enlightened Public Sphere», *Archiv für Rechts– und Sozialphilosophie*, vol. 92, Heft 4, 2006, 568-581.
Kant, I., 1989 (1797): *La Metafísica de las Costumbres,* est. prel. de A. Cortina, trad. y notas de A. Cortina y J. Conill, Tecnos, Madrid.
Kelsen, H., 2006 (1929): *De la esencia y valor de la democracia*, ed. y trad. de J. L. Requejo Pagés, KRK, Oviedo.
Maus, I., 2011: Über *Volkssouveränität. Elemente einer Demokratietheorie*, Suhrkamp, Berlin.
Racionero, Q., 1994: «Introducción» a Aristóteles, 1994.
Schmitt, C., 1987 (1932): *El concepto de lo político*, trad. R. Agapito, Alianza Editorial, Madrid.
Taylor, Ch., 2004: *Modern Social Imaginaries,* Duke University Press, Durham and London.

Doxa. Cuadernos de Filosofía del Derecho, (2020), *43*
e-ISSN: 2386-4702 | ISSN: 0214-8676

# Lagunas en el Derecho y casos irrelevantes

## Legal Gaps and Irrelevant Cases

Pablo E. Navarro

**Autor:**
Pablo E. Navarro
CONICET, Argentina
pabnav@hotmail.com

**Recibido:** 25-6-2019
**Aceptado:** 27-11-2019

**Citar como:**
Navarro, Pablo E., (2020). Lagunas en el Derecho y casos irrelevantes. Doxa. Cuadernos de Filosofía del Derecho, *43*, pp. 159-187. https://doi.org/10.14198/DOXA2020.43.07

**Licencia:**
Este trabajo se publica bajo una Licencia Creative Commons Atribución 4.0 Internacional.

© Pablo E. Navarro

**Resumen**

En este trabajo analizo las principales diferencias entre las lagunas normativas y otros tipos casos que el derecho no regula. Sin embargo, las lagunas normativas son casos jurídicamente relevantes porque el derecho intenta regularlos y no proporciona una solución. La teoría jurídica tradicional ha tratado de distinguir las lagunas normativas de otros casos irrelevantes, que son aquellos que el derecho «no regula ni tiene la intención de regular». Además, la teoría tradicional ha argumentado que la diferencia entre las lagunas normativas y los casos irrelevantes es de naturaleza evaluativa; que las lagunas son 'algo más' que casos sin solución. Siguiendo a Alchourrón y Bulygin, defiendo una concepción objetiva y neutral de las lagunas normativas, pero señalo una cierta ambigüedad en la conocida teoría de ambos autores, que afecta especialmente la distinción entre lagunas y casos irrelevantes. También critico la propuesta de Ruiz Manero, que ofrece un enfoque alternativo a la concepción objetiva. Finalmente, elaboro un criterio de distinción entre lagunas normativas y casos irrelevantes que explica en qué sentido una determinada acción pertenece a la esfera extranormativa.

**Palabras claves:** Discreción judicial; permisiones; sistemas jurídicos abiertos.

**Abstract**

In this paper I analyze the main differences between legal gaps and other type of unregulated cases. Traditional legal theory often distinguishes normative gaps from other irrelevant cases, which are those that the law 'does not regulate or intend to regulate'. In addition, traditional theory claims that the difference between normative gaps and irrelevant cases is of an evaluative nature; that gaps in the law are 'something more' than cases without a solution. In other words, the concept of a normative gap would lack semantic autonomy. Following Alchourrón and Bulygin I defend an objective and neutral conception of normative gaps, but I point out a certain ambiguity in the well-known theory of both authors, which especially

affects the distinction between gaps and irrelevant cases. I also criticize the proposal of Ruiz Manero, which offers an alternative approach to the objective conception. Finally, I elaborate a criterion of distinction between normative gaps and irrelevant cases that explains in which sense a certain action belongs to the extra-normative sphere.

**Keywords:** Judicial discretion; permissions; open legal systems.

## 1. INTRODUCCIÓN

En la teoría jurídica es frecuente asumir que el derecho tiene límites. Sin embargo, los filósofos del derecho persistentemente discrepan acerca de la ubicación y naturaleza de esos límites. Esos desacuerdos no son controversias acerca de la existencia de ciertos fenómenos, sino más bien sobre nuestra comprensión de ellos. Tal vez, esta perplejidad no es una situación extraña en filosofía y, por ello, es útil recordar los comentarios de von Wright acerca del análisis de ciertas ideas de sentido común.

> Las opiniones filosóficas que niegan cosas que todos damos por sentado, incluso los filósofos cuando no filosofan, deben ser rechazadas por absurdas o sin sentido… Con ello, sin embargo, el filosofar acerca de esas cosas no encuentra su final… El problema, sin embargo, no es con la *verdad* de las opiniones y afirmaciones de sentido común, sino con su *significado*… Responder a tales cuestiones es la tarea del *análisis*.[1]

Siguiendo esta recomendación de von Wright, podríamos preguntarnos *qué significa* asumir que el derecho tiene límites. En principio, aceptamos –incluso cuando filosofamos acerca del derecho– que las autoridades de un sistema jurídico positivo dictan un conjunto limitado de normas a lo largo de la historia institucional de una comunidad y que esas normas jurídicas se refieren expresamente solo a un número finito de acciones humanas genéricas. Este hecho podría ser considerado como el núcleo de la tesis de los límites. La *verdad* de esta intuición compartida no será aquí puesta en duda, pero es importante comprender que el *significado* de esta tesis permanecerá indeterminado hasta que no se analicen las consecuencias que se siguen de esa idea indisputable.

En este trabajo analizaré la tensión subyacente a dos consecuencias de la tesis de los límites. Por una parte, usualmente se afirma que el derecho puede tener *lagunas normativas* y que esas situaciones tienen que ser discrecionalmente resueltas por los jueces. Por otra parte, con frecuencia se acepta que el derecho positivo es una función de las decisiones de las autoridades normativas y los eventos que están fuera de ese marco de decisiones (i.e., se encuentran 'más allá' de los *límites* del sistema jurídico) se producen en un 'espacio libre' de derecho. En ese espacio ocurren una infinidad de acontecimientos socialmente irrelevantes, e.g., el movimiento del dedo meñique, el

1. Von Wright, G.H., 1995, p. 30.

beber leche en el desayuno, la elección de un lugar de vacaciones, etc. Estas situaciones son *casos irrelevantes* que el derecho no regula y, sin embargo, no parece obvio que, por su simple ausencia de regulación expresa, ellos tengan que ser resueltos mediante decisiones discrecionales. En otras palabras, no solo parece inapropiado exigir una autorización jurídica expresa para que esas conductas puedan ser libremente realizadas por los individuos, sino que también resulta extraño sostener que los jueces pueden discrecionalmente disponer de esa esfera extranormativa.

Ahora bien, ¿qué determina si una situación sin regular es un caso irrelevante o una laguna normativa? Una conocida respuesta es que las lagunas son casos que *deberían* tener una solución. Por ejemplo, según Soeteman[2],

> La cuestión acerca de si existe una laguna es, sin embargo, una cuestión valorativa: se refiere a si el conflicto de intereses en verdad no ha recibido atención y a si la consecuencia de ello es que se ha *equivocadamente* omitido dictar ciertas normas o normas más específicas.

La consecuencia principal de esa visión es que el concepto de laguna normativa carecería de autonomía semántica ya que su referencia no podría determinarse sin el desarrollo de un argumento evaluativo[3]. Por consiguiente, el contenido y los límites del derecho (el universo de casos jurídicamente regulados) no dependerían únicamente de hechos sociales, sino que, en verdad, también requeriría de una evaluación de esos hechos.

A efectos de mantener mi análisis dentro de unos márgenes razonablemente precisos, revisaré las relaciones entre lagunas normativas, casos irrelevantes y discrecionalidad judicial a la luz de las teorías de Alchourrón y Bulygin. A su vez, revisaré una propuesta contemporánea, formulada por Juan Ruiz Manero, que distingue de manera novedosa entre casos irrelevantes y lagunas normativas. Mi conclusión será que la propuesta de Ruiz Manero debe ser rechazada y que, con ciertos ajustes, la teoría de Alchourrón y Bulygin puede dar cuenta una buena respuesta al problema de los casos irrelevantes.

## 2. EL ALCANCE DEL DERECHO POSITIVO

Parece evidente que existe una irremediable divergencia entre el número limitado de normas que pueden crear las autoridades de un cierto sistema jurídico y las infinitas conductas que los individuos pueden ejecutar en esa comunidad. Aunque cualquier conducta puede estar expresamente prohibida o permitida, es imposible que cada una de las posibles acciones de los miembros de esa comunidad esté regulada por una norma específica del sistema. En este sentido, Tony Honoré pregunta[4]:

2. Soeteman, 1989, pp. 137-138.
3. Acerca de la noción de autonomía semántica, véase, Schauer, 1991, pp. 53-62.
4. Honoré, 1987, p. 1.

> … ¿cómo pueden ser completos los sistemas jurídicos? ¿Dónde está ese código inagotable mediante el que el Estado, después de producirse un evento, clasifica a la conducta de los ciudadanos como correcta o incorrecta?

Como respuesta a estos interrogantes, Honoré afirma lo siguiente[5]:

> Si en el mundo real los sistemas jurídicos son completos, su completitud no depende de la pretensión de que la solución a cada problema pueda ser conocida anticipadamente. Más bien reside en el hecho de que el sistema tiene los recursos para suministrar una solución a cada problema. Los recursos disponibles consisten, por supuesto, en primer lugar, en reglas y principios. Pero aun ellos conjuntamente pueden ser insuficientes… las reglas y principios del sistema tienen que ser complementados por una cruda decisión. Los jueces, no menos que los legisladores y administradores, pueden tener que decidir.

No cuestionaré aquí esta manera de entender la completitud, que antes que negar las lagunas jurídicas, más bien destaca esas carencias del sistema y la necesidad de decisiones discrecionales[6]. Creo que el principal problema del argumento de Honoré es que se apoya en dos presupuestos dudosos. Por una parte, los sistemas cerrados son inflexibles porque los jueces carecen de autoridad para cambiar el derecho y resolver los problemas axiológicos derivados de soluciones injustas, pero jurídicamente válidas. Por otra parte, la creación de un sistema completo sería una cuestión de elección (algo así como un recurso de técnica legislativa); es decir, sería el resultado de un balance realizado por las autoridades entre la inflexibilidad y la discreción y, por consiguiente, una decisión a favor de imponer una regla de clausura o, en cambio, de preservar una esfera extra-normativa.

Ambos presupuestos pueden ser cuestionados. Por ejemplo, Kelsen ofrece una visión muy diferente de la relación entre completitud y discreción judicial. A lo largo de la evolución de la *Teoría Pura del Derecho*, Kelsen modificó varios aspectos centrales de su doctrina, pero mantuvo siempre una enfática negativa a admitir la existencia de lagunas en el derecho. Pero, a diferencia de Honoré –que considera a los sistemas completos como 'inflexibles' y a la discreción judicial como un último recurso para solucionar casos sin resolver en sistemas completos en sentido débil– Kelsen admite sin reparos la completitud del derecho y señala que las lagunas normativas son solo una ficción jurídica destinada a encubrir que los jueces pueden modificar el sistema jurídico en casos de soluciones axiológicamente inadecuadas[7].

5. Honoré, 1987, p. 29.
6. Una posición parecida a la de Honoré puede encontrarse en Atienza, 2009, pp. 113-115. Para Atienza, la existencia de una laguna depende no solo del material que ofrece el legislador sino también de la actividad de los intérpretes y jueces. Así, él ofrece un enfoque 'dinámico' de las lagunas y se compromete con el descubrimiento de las respuestas correctas que ofrecen las razones subyacen a las diferentes normas formuladas. De ese modo, a diferencia de Honoré, Atienza niega el papel discrecional –creador de derecho– que desempeñan los jueces en casos difíciles. Véase pp. 121-123 del trabajo citado arriba.
7. Kelsen, 1979, p. 256.

## 3. KELSEN, LAS LAGUNAS EN EL DERECHO Y LA CLAUSURA NORMATIVA

Kelsen reconoce que un 'mínimo de libertad' es consustancial al orden jurídico ya que por medido de acciones específicas, el derecho solo puede obligar a ciertas y determinadas acciones y omisiones[8]. Por esa razón, señala[9]:

> …el orden jurídico puede limitar en más o en menos la libertad humana, en cuanto obliga a más o menos. Pero un mínimo de libertad, es decir, de independencia jurídica, una esfera de la existencia humana en que ningún orden o prohibición interviene, permanece siempre resguardada.

Sin embargo, el mínimo inevitable de libertad es compatible con la completitud del derecho porque las acciones que no han sido previstas por las autoridades también están jurídicamente reguladas. Según Kelsen, una conducta que no está expresamente prescripta por una norma jurídica, está negativamente regulada y ello significa que es una acción negativamente permitida[10]. En este sentido, las lagunas en el derecho son imposibles ya que toda conducta está expresamente prescripta o negativamente permitida[11]. Más aún, no tiene sentido afirmar que las autoridades jurídicas pueden dejar intencionalmente sin resolver jurídicamente una determinada situación porque, con independencia de sus decisiones, las conductas siempre serán positiva o negativamente reguladas por el derecho. Por consiguiente, los sistemas jurídicos son órdenes completos, pero esta característica no impide la discreción judicial ni la creación judicial de derecho.

Kelsen presenta sus conclusiones como una respuesta a la 'teoría tradicional'[12], según la cual el sistema jurídico no es aplicable a un caso concreto cuando ninguna norma general se refiere a ese caso; por consiguiente, los jueces están obligados a completar la laguna mediante la creación de la correspondiente norma[13]. La 'teoría tradicional' asume que el mínimo de libertad es inevitable ya que no es posible regular expresamente a cada posible situación, pero ello compromete a encontrar un criterio para distinguir entre casos sin regular que pueden ser discrecionalmente resueltos por los jueces (i.e., lagunas normativas) y aquellos otros casos irrelevantes que no tiene sentido regular y que tampoco admiten soluciones discrecionales. Por ejemplo, Fernando Atria señala[14]:

8. Kelsen, 1979, p. 56.
9. Kelsen, 1979, p. 57.
10. Kelsen, 1979, p. 56.
11. Kelsen, 1979, pp. 55 y 254.
12. Es conveniente advertir que la expresión 'teoría tradicional' requiere cierta cautela ya que se refiere a una manera de agrupar a opiniones coincidentes acerca de las lagunas normativas, pero que se articulan en contextos filosóficos sustancialmente diferentes. Para un panorama general de esta manera 'tradicional' de entender a las lagunas jurídicas, véase, Larenz, 1980, 363-374. También, véase, Ramos Pascua, 2017, pp. 50-57.
13. Kelsen, 1979, p. 255.
14. Atria, 2005, p. 67. También, véase, Soeteman, 1989, pp. 138 y 141.

> Si el caso llevado ante el juez es uno que no interesa al derecho, el juez no tiene discreción, aunque no esté el caso regulado, y debe desechar la excepción. Si el caso es uno que sí interesa al derecho pero que no está regulado, entonces el juez tiene discreción y debe crear una regla.
>
> Esta posición, sin embargo, solo es sostenible si es posible formular un criterio para determinar el conjunto de casos que el derecho *pretende* regular, un criterio que nos permita distinguir casos no regulados pero que el derecho pretende regular, y casos no regulados pero que el derecho no pretende regular. La función de este criterio es crucial, porque solo el primer tipo de casos constituirían lagunas que darían discreción al juez. Pero el derecho no tiene estados mentales, y «pretender» es algo que solo figurativamente puede hacer. El argumento… es que solo argumentos normativos (morales), que deben su valor no a estar basados en fuentes, sino a que son correctos, permiten hacer esta distinción. Los casos que el derecho pretende solucionar son los casos que, en la mejor interpretación, el derecho debe pretender solucionar.

Sin embargo, los esfuerzos para precisar claramente los límites de ambas clases de casos sin regular no han obtenido suficiente consenso. En este sentido, Alchourrón y Bulygin señalan[15]:

> No es de extrañar que frente a esta situación, bastante lamentable, otros pensadores hayan optado por cortar el nudo gordiano, negando totalmente la existencia de lagunas normativas, que no serían –en su opinión– más que otras tantas ficciones tendientes a ocultar el hecho de que los juristas (y, en especial, los jueces) –encubriendo con el piadoso manto de la ciencia sus valoraciones políticas y éticas–, proclaman la necesidad de llenar una laguna cuando en realidad pretenden alterar el derecho existente. El representante más notable de esta tendencia es, sin duda, Hans Kelsen.[16]

Parece una exageración afirmar que Kelsen niega la existencia de lagunas en el derecho *porque* pretenda evitar las confusiones entre cuestiones conceptuales y valorativas, que habitualmente infectarían a la teoría tradicional. Más bien, su crítica a la teoría tradicional es básicamente que ella pasa por alto un hecho peculiar: los jueces siempre pueden decidir una controversia aplicando el derecho. Para Kelsen[17],

> Lo que no está jurídicamente prohibido, está jurídicamente permitido. Al rechazar el tribunal la demanda, o absolver al acusado, el tribunal aplica el orden jurídico que permite al demandado o acusado aquella conducta en cuyo respecto se ha orientado la demanda o querella no fundada en el orden jurídico.

Sin embargo, por 'aplicación del derecho' en los supuestos casos de lagunas normativas es posible entender dos cosas diferentes, que marcan la evolución del pensamiento kelseniano[18]. En una primera etapa, esa aplicación está ligada a la existencia de una 'norma negativa', contenida en cualquier sistema jurídico, que permite negativamente

15. Alchourrón, Carlos y Bulygin, Eugenio, 1974, p. 165.
16. Alchourrón y Bulygin luego añaden que esta solución radical que Kelsen ofrece al problema de las lagunas oculta las importantes diferencias existentes entre diversos desacuerdos valorativos subyacentes a la identificación y aplicación del derecho. Véase, Alchourrón, Carlos y Bulygin, Eugenio, 1974, p. 165.
17. Kelsen, 1979, p. 252.
18. Al respecto, véase, Alchourrón, Carlos y Bulygin, Eugenio, 1974, pp. 184-188.

las conductas que las otras normas no han prohibido[19]. Pero esta respuesta a la teoría tradicional presupone que existe necesariamente una norma de clausura en cualquier sistema jurídico y ello contradice la misma idea de contingencia que caracteriza al derecho positivo[20].

Tal vez por esa razón antes mencionada, en la segunda edición de la *Teoría pura*, la respuesta a la teoría tradicional es más elusiva[21]:

> … Cuando el orden jurídico no estatuye ninguna obligación a cargo de un individuo, su comportamiento está permitido. La aplicación del orden jurídico no es lógicamente imposible en el caso en que la teoría tradicional supone una laguna. Puesto que, si bien en el caso de que no sea posible la aplicación de una norma jurídica aislada, es posible en cambio la aplicación del orden jurídico, y ello también constituye aplicación de derecho. La aplicación del derecho no está lógicamente excluida.

En esta reconstrucción, Kelsen parece asumir que un rasgo estructural del derecho (de cualquier derecho positivo) es que protege una esfera de libertad que no ha sido expresamente prevista en la medida en que exige a los jueces que desechen las pretensiones que carecen de fundamento. Por ello, si un individuo A reclama ante el juez que otro individuo B sea obligado a realizar una determinada acción, pero ninguna norma jurídica respalda esa exigencia, entonces el juez debe rechazar la demanda. Sin embargo, como señalan Alchourrón y Bulygin, parece extraño sostener que un juez rechaza una demanda porque no puede aplicar al caso en cuestión ninguna norma jurídica válida y, al mismo tiempo, afirmar que ese rechazo constituye una aplicación del orden jurídico en general[22].

A pesar de las diferencias entre (y las deficiencias de) las dos explicaciones que Kelsen ofrece de la expresión 'aplicación del derecho', ellas comparten una idea común: la completitud de los sistemas jurídicos es algo más que un mero ideal racional. Más bien, su tesis es que, por su propia naturaleza, los sistemas carecen de lagunas. En este sentido, A. Wilson señala que para Kelsen, la completitud[23]:

> … no es tanto una afirmación empírica como una exigencia filosófica que surge de la creencia de que la base de un sistema jurídico no puede ser expandida más allá del punto en que se agotan las fuentes positivas del derecho.

Esta creencia es la que juega un papel central en la idea de que no hay casos que carezcan de regulación jurídica. Sin embargo, hay, al menos, dos razones para revisar esta creencia.

Por una parte, Kelsen conecta la discusión sobre las lagunas con el problema de la clausura del orden jurídico. Por ejemplo, en su *Teoría general de las normas*, sostiene[24]:

19. Véase, por ejemplo, Kelsen, 1992, p.85.
20. Alchourrón, Carlos y Bulygin, Eugenio, 1974, pp. 185-186.
21. Kelsen, 1979, p. 255.
22. Alchourrón, Carlos y Bulygin, Eugenio, 1974, p. 187.
23. Wilson, 1994, p. 153.
24. Kelsen, 1991, 131.

> Si distinguimos entre la regulación positiva y negativa de la conducta humana, toda conducta de una persona sujeta a un ordenamiento jurídico está jurídicamente regulada, ya sea positiva o negativamente. En este sentido, podemos hablar de la *clausura del orden jurídico*.

Por el contrario, si se admitiese que el derecho no regula todos los casos imaginables, podría analizarse qué significa y en qué circunstancias es asumible la distinción entre sistemas normativos abiertos y cerrados[25]. Esta división carecería de sentido si se asumiese que todos los casos (aparentemente) sin regular también están permitidos y, correlativamente, la tesis de los límites del derecho (al menos en el sentido de que hay casos que están más allá de lo que el derecho dispone) carecería de interés.

Por otra parte, las acciones que no están positivamente reguladas (es decir, aquellas que el derecho permitiría negativamente) son prácticamente innumerables y su relevancia jurídica depende de factores heterogéneos. Por esa razón, sería mejor rechazar que el derecho regula aquellas conductas que simplemente no ha prohibido y elaborar una tipología más fina de los casos que el derecho no regula. En esa tipología habría que incluir las siguientes categorías:

1) *Lagunas normativas*: Son casos sin solución que, a pesar de su indudable importancia, el derecho no soluciona. Así, podría decirse que las lagunas normativas son casos sin solución, aunque el derecho *pretende regularlos*. Para resolver este tipo de situaciones, es usual señalar que los jueces tienen que crear discrecionalmente derecho.
2) *Casos irrelevantes*: Son casos que el derecho *no pretende regular* (e.g., el movimiento del dedo meñique). Estos casos carecen de importancia social y nadie espera que el derecho los autorice expresamente para recién entonces incorporarlos a su ámbito de libertad.

En líneas generales, el problema de los casos irrelevantes se refiere a las respuestas jurídicas en circunstancias en las que ciertas conductas ajenas al espacio regulado por el derecho producen una colisión de intereses. Comportamientos tales como sonreír, efectuar reparaciones en el interior nuestra propiedad o escoger un lugar de vacaciones son ejemplos de innumerables acciones que nadie espera que el derecho regule, pero es fácil imaginar situaciones en las que una sonrisa permanente afecta a otro individuo[26], un muro en nuestra propiedad afecta las preferencias de nuestro vecino[27], o escoger Francia como lugar de descanso genera un conflicto en una pareja de recién casados[28].

La respuesta natural a esos conflictos en casos irrelevantes es rechazar la injerencia de las instituciones jurídicas en ese espacio libre de regulación normativa. Así, si un caso es clasificado como irrelevante o poco serio, entonces el juez simplemente desechará

25. Von Wright, G.H., 1968, p. 85. Alchourrón, Carlos y Bulygin, Eugenio, 1974, pp. 169-171.
26. Véase, Dworkin, 1977, p. 102.
27. Kelsen, 1979, p. 56.
28. Atria, 2005, p. 17.

la demanda que carece de fundamento[29]. Esos casos irrelevantes no resultan en creación judicial de derecho mientras que la solución de las lagunas normativas supone una oportunidad para que los jueces introduzcan discrecionalmente nuevas normas jurídicas. De ese modo, una vez que se admite que el derecho tiene límites (i.e., que no regula cualquier situación posible), surge el problema de los casos irrelevantes y del alcance de la discreción judicial.

El problema de la demarcación de casos irrelevantes reintroduce la pregunta que la teoría clásica pretendía responder: ¿es necesario utilizar un criterio valorativo para distinguir entre lagunas y casos irrelevantes? Las respuestas a este desafío pueden agruparse en dos grandes líneas de análisis. Por una parte, una concepción *objetiva*, defendida por autores que insisten en la posibilidad de identificar neutralmente las lagunas normativas y, por tanto, niegan que la filosofía del derecho o la ciencia jurídica tenga necesidad de embarcarse en la búsqueda de un criterio valorativo para distinguir entre diferentes tipos de casos que el derecho no ha regulado. Por otra parte, una concepción *evaluativa*, defendida por autores que retoman el enfoque de la teoría clásica, insistiendo en que las lagunas normativas son *algo más* que casos sin solución. Conforme a estas reconstrucciones, el concepto de laguna normativa carece de autonomía semántica ya que no podemos identificar a qué circunstancias se refiere sin desplegar un razonamiento evaluativo.

En las próximas secciones analizaré esta propuesta con cierto detalle.

## 4. LA CONCEPCIÓN OBJETIVA DE LAS LAGUNAS NORMATIVAS

Un ejemplo paradigmático de la concepción objetiva se encuentra en numerosos trabajos de Eugenio Bulygin (y Carlos E. Alchourrón). En líneas generales, para Bulygin la discusión acerca de las lagunas es relativa al modo en que un determinado sistema $S_n$ resuelve un problema normativo específico. Esta simple enunciación del *contexto* que da sentido a la discusión de las lagunas impone dos restricciones importantes. En primer lugar, el debate acerca de las lagunas no se plantea como una cuestión filosófica genérica ya que no tiene sentido discutir acerca de la existencia de lagunas en abstracto (e.g., ¿hay lagunas en el derecho?). Más bien, la controversia tiene que acotarse a un problema concreto (e.g., ¿tiene lagunas la nueva regulación del código civil argentino relativa a la reivindicación de bienes inmuebles?) En segundo lugar, la discusión sobre las lagunas normativas es acerca de la completitud de un micro-sistema de normas válidas que regulan el problema normativo, i.e., no es una controversia acerca del 'ordenamiento jurídico' en general[30].

Un problema normativo está definido por una correlación entre un determinado universo del discurso y un universo de acciones. Solo una vez que se identifica esa

29. Bulygin, 2005, p. 83.
30. Alchourrón, Carlos y Bulygin, Eugenio, 1974, p. 121.

correlación tiene sentido analizar el modo en que un micro-sistema $S_n$ resuelve a todos los casos relevantes para ese problema. Los casos relevantes son, en principio, una función de las propiedades mencionadas por las normas del sistema y la combinación de esas propiedades 'encapsula' ('recorta') el espacio de situaciones que el derecho 'regula y pretende regular'. Las lagunas normativas se producen solo en el *interior* de ese espacio normativamente determinado y este ámbito puede ser neutralmente identificado en el mismo sentido en que es posible una identificación objetiva del derecho de una comunidad (i.e., normas que surgen de fuentes sociales). Así, la identificación de los casos relevantes no depende de las valoraciones del intérprete o el juez, sino únicamente de las normas válidas del sistema. Por consiguiente, el criterio para distinguir entre casos irrelevantes y lagunas normativas no depende del desarrollo de argumentos morales sino de la identificación de un determinado conjunto de propiedades, i.e. la *tesis de relevancia* de un sistema normativo $S_{n.}$

La clase complementario de la tesis de relevancia de un determinado sistema normativo (para un determinado problema normativo) está formado por propiedades irrelevantes ya que su presencia o ausencia no determina una diferencia en el status normativo que el sistema atribuye a una cierta acción[31]. Esas propiedades irrelevantes, sin embargo, no determinan 'casos irrelevantes', que el derecho no regula ni pretende regular. Más bien, la adición de otras propiedades a la tesis de relevancia, aunque ellas no hayan sido expresamente previstas por la autoridad, no produce lagunas, pero el intérprete de las normas (e.g., el juez) puede valorar esas propiedades de manera diferente al modo en que surge de las soluciones del micro-sistema seleccionado. En ese caso las valoraciones del intérprete (i.e., la hipótesis de relevancia) es más fina que la tesis de relevancia. Estas complicaciones producidas por las diferencias entre tesis e hipótesis de relevancia suministran el contexto en el que surgen las denominadas 'lagunas axiológicas'[32].

Aunque esta reconstrucción de Bulygin ofrece un buen punto de partida, su propuesta no es completamente satisfactoria ya que no consigue trazar una clara diferencia entre los casos de lagunas y los casos irrelevantes de la esfera extranormativa. No hay dudas en que la extensión de la esfera extranormativa depende de la amplitud de la regulación normativa. Al respecto, Alchourrón y Bulygin señalan que 'el conjunto de actos no regulados depende, naturalmente de los actos regulados, esto es, de los cambios en el sistema normativo en cuestión. Pero esto no es una razón para tratar los actos no regulados como si lo estuvieran'. Esta última puntualización está dirigida a marcar una diferencia en las consecuencias que surgen cuándo una acción está expresa o implícitamente autorizada por una norma permisiva y otras consecuencias que se producen

31. En un breve, pero influyente, trabajo publicado hace varias décadas, Ricardo Caracciolo cuestiona el modo en que Alchourrón y Bulygin identifican a las propiedades relevantes ya que, en su opinión, esa identificación encierra una valoración y, por consiguiente, no sería adecuado asumir que una laguna normativa puede ser identificada de manera objetiva y neutral. Véase, Caracciolo, 1994, pp. 25-34. Una respuesta a la objeción de Caracciolo puede encontrarse en Rodríguez, 2002, pp. 82-87.

32. Véase, Alchourrón, Carlos y Bulygin, Eugenio, 1974, pp. 157-167.

cuándo ella no ha sido regulada. En el último caso, pero no en el primero, hay lugar para una decisión discrecional. De este modo, Alchourrón y Bulygin responden a quienes no creen necesario trazar una distinción entre una autorización (facultamiento) y la ausencia de regulación normativa. En esa respuesta, los autores argentinos analizan diversas situaciones posibles a la luz de las diferentes regulaciones que puede recibir una acción en un sistema normativo. La primera de esas situaciones es un supuesto en que una acción p y su complementaria (i.e., ~p) pertenecen a la esfera extranormativa, es decir a un ámbito que está más allá de lo que regula el sistema normativo. Al respecto señalan[33]:

> No existe en el sistema α ninguna norma referente a p o ~p; tanto p como ~p no están regulados: ambos pertenecen a la esfera extranormativa. Ambos están permitidos en sentido débil (= no están prohibidos). El sistema es incompleto con respecto a p y ~p.

Ahora bien, afirmar que las conductas no reguladas de la esfera extranormativa están débilmente permitidas al igual que están débilmente permitidas las acciones en casos de lagunas puede resultar en una triple confusión. En primer lugar, en el concepto de laguna que se utiliza; en segundo lugar, en el rango de significación del concepto de permiso débil y, finalmente, en el alcance de la discrecionalidad y la creación judicial de derecho.

### a) Conceptos absolutos y relativos de lagunas normativas

Anteriormente he destacado que Bulygin acepta la distinción entre diferentes situaciones que carecen de regulación jurídica. En su opinión[34],

> Sería ciertamente extraño pensar que toda conducta no regulada constituye una laguna normativa. Hay infinitas conductas no reguladas por el derecho, que nadie calificaría como lagunas.

Sin embargo, al afirmar que cuando las acciones p y ~p pertenecen a la esfera extranormativa, el sistema es incompleto, parece asumirse que la falta de regulación de esas conductas también ejemplifica supuestos de lagunas en el derecho.

Las proposiciones verdaderas acerca de la existencia de lagunas normativas dan cuenta de situaciones internas a un conjunto de circunstancias que la autoridad ha intentado resolver (i.e., universo de casos relevantes)[35]. Por ello, cuando se afirma que un sistema normativo es incompleto con relación a la esfera extranormativa se introduce otro concepto más general de laguna, ya que no se refiere a ningún conjunto específico de acciones sino a cualquier acción posible de la esfera extranormativa. Ambos

33. Alchourrón, Carlos y Bulygin, Eugenio, 1991, p. 229.
34. Bulygin, 2005, p. 83.
35. No abordaré aquí el problema relativo a las lagunas normativas que se producen en otros universos de casos diferentes al universo de casos relevantes. Al respecto, véase Alchourrón, Carlos y Bulygin, Eugenio, 1974, pp. 193-196.

conceptos de completitud ya están presentes en el ensayo seminal sobre lógica de nomas y proposiciones normativas de Carlos Alchourrón. En ese ensayo, él ofrece una reconstrucción del concepto *absoluto* de completitud, conforme al cual un sistema es completo cuando determina normativamente a cualquier acción posible. Sin embargo, inmediatamente después de esa definición añade que 'normalmente, esa exigencia resultará demasiado fuerte; lo que se requiere en la mayoría de los casos no es la determinación de todo *p* posible, sino tan solo la determinación de todas las proposiciones de un cierto conjunto'[36].

El concepto restringido es el que ocupa el lugar principal en el clásico libro *Normative Systems*. En ese análisis se señala que los sistemas jurídicos son completos cuando toda solución maximal posible está lógicamente implicada o excluida para cada caso elemental. En otras palabras, si UC es un universo de casos elementales y US es el Universo de soluciones maximales correspondientes a una acción R, en un sistema completo puede probarse OR o ~OR para cada caso elemental de UC. Este rasgo es, para Alchourrón y Bulygin, la característica más importante de la completitud normativa. Sin embargo, esta notable propiedad de las correlaciones deductivas que un sistema de normas ofrece para un US y UC nada dice acerca del estatus deóntico de otras acciones independientes. Salvo que exista una regla de clausura en el ordenamiento, los sistemas normativos serán *siempre* incompletos respecto del conjunto de acciones pertenecientes a la esfera extranormativa. Por ello, a efectos de preservar la idea de que la completitud es un rasgo contingente de los sistemas normativos, es conveniente desvincular la esfera extranormativa (que es un problema externo al ordenamiento jurídico) de las eventuales lagunas de un micro-sistema jurídico (que es un problema interno al modo en que ciertas normas jurídicas regulan un determinado conjunto de casos y acciones).

### b) El rango de significación del concepto de permisión débil

Una propiedad P es aplicada en su rango de significación cuando tiene sentido afirmar de un cierto objeto que posee o carece de P. Según von Wright[37],

> El rango de una propiedad también puede ser denominado como su *rango de significación*. Si una cierta cosa no tiene ni carece de una cierta propiedad, entonces la atribución de esa propiedad a esa cosa 'no tiene sentido' o 'carece de significado'.
>
> El número 7, por cierto, no es valiente. Esto no significa, sin embargo, que carezca de valor, que es un cobarde. Significa solo que los números no pertenecen al rango de significación de atribución de rasgos de carácter a algo.

Siguiendo esta idea de von Wright, puede sostenerse que el rango de significación de la expresión 'débilmente permitido' abarca a una correlación de circunstancias y

36. Alchourrón, 1991, pp. 41-42.
37. Von Wright, 1984, p. 43.

acciones evaluadas por un determinado sistema de normas. Si se admite que una propiedad p es relevante en un cierto caso de un universo de casos UC con relación a una acción R, entonces parece oportuno limitar el rango de significación de 'débilmente permitido' a esos conjuntos de casos UC y la acción R. En otras palabras, solo una vez que se identifica a un determinado sistema S y un determinado problema normativo, tiene sentido preguntarse acerca del alcance de las conductas débilmente permitidas. Este es el contexto (o rango de significación) apropiado para evaluar, por ejemplo, el extraordinario descubrimiento de Carlos Alchourrón de la equivalencia entre permisos fuertes y débiles en sistemas normativos completos y coherentes. Por ello, no tendría sentido señalar que ese teorema es inútil porque los sistemas son siempre incompletos respecto a las conductas de la esfera extranormativa y que, por consiguiente, siempre habría conductas que están débilmente permitidas, pero no fuertemente autorizadas. Ese es también el contexto apropiado para señalar que en casos de una única norma que obliga a realizar p (i.e., Op), esa acción está regulada y, al mismo tiempo, está débilmente permitida. Pero, esa conclusión sería imposible en la esfera extranormativa ya que esas conductas, por hipótesis, carecen de regulación. Por ello, parece oportuno sostener que en la esfera extranormativa una conducta no está débilmente permitida, pero que de allí no se sigue que ella está prohibida.

### c) El alcance de la discrecionalidad y la creación judicial de derecho

Bulygin (con Alchourrón) ha mostrado claramente la relevancia de las normas permisivas en contextos jerárquicamente estructurados y el sentido que adquiere en esos contextos la autorización expresa de conductas que no han sido previamente reguladas[38]. Por ello, esos permisos son diferentes a la 'indiferencia' correspondiente a los casos no regulados. Pero esas distinciones tienen que complementarse con una clara separación entre la esfera extranormativa de casos no regulados y las lagunas normativas. En caso contrario (i.e., si no hubiese diferencias entre lagunas y casos no regulado), parecería inevitable concluir que los casos no regulados tienen las mismas consecuencias que corresponden a la solución de las lagunas normativas. Por ello, con independencia de si los jueces tienen discreción o deben rechazar la demanda en casos irrelevantes, es importante clarificar los límites de la creación discrecional de derecho por parte de los jueces en la solución de lagunas normativas.

Por 'creación judicial de derecho' se entiende la formulación de una *nueva* norma general por parte de los jueces, que sirve de fundamento a la parte dispositiva del conflicto en casos de lagunas. A su vez, una norma general es 'novedosa' cuando su contenido no es derivable de otras normas del sistema normativo[39]. Ahora bien, podría ser cierto que un micro-sistema S, compuesto solo por normas, N1 y N2, fuese incompleto

38. Véanse, Alchourrón, Carlos y Bulygin, Eugenio, 1991, pp. 215-218 y 219-248,
39. Acerca de la creación judicial de normas generales, véase Bulygin, 1991, pp. 355-370.

porque no regula una cierta acción R en un caso relevante y, al mismo tiempo, podría ser falso que R carezca de regulación en ese caso porque otras normas en vigor en el ordenamiento jurídico, e.g., N3, proporciona una solución a ese caso. Al respecto, es importante subrayar dos cosas. Por una parte, aunque el caso sin regular ejemplifique un caso de lagunas, la acción R *no* pertenece a la esfera extranormativa ya que ella se encuentra regulada por las normas N1 y N2, aun cuando esas normas no ofrezcan una solución para esa acción R en un caso específico de cierto universo de casos. Por otra parte, incluso ese caso que las normas N1 y N2 no resuelven puede estar regulado por otra norma ajena al sistema. Por ejemplo, Alchourrón y Bulygin muestran que los artículos 2777 y 2778 del antiguo Código Civil argentino no regulaban ciertos casos elementales del universo de casos relevante respecto de la restitución de un bien inmueble, pero añaden que esto no es lo mismo que decir:[40]

> … que el Código Civil Argentino tiene lagunas con respecto al problema de la reivindicación de los inmuebles contra terceros poseedores… Es muy posible que si el sistema S4 se integrará con alguna otra norma (por ejemplo, con alguna otra disposición del Código), las lagunas desaparecerían.

Por ejemplo, luego de la reforma de 1968 del antiguo Código Civil Argentino, el artículo 1051 protegía a los poseedores de buena fe a título oneroso y, por consiguiente, ofrecía una solución a algunas de las lagunas del ejemplo analizado por Alchourrón y Bulygin. El sistema formado por los artículos 2777, 2778 y 1051 no tiene una laguna en el caso de un actual poseedor de buena fe a título oneroso, con independencia de que hubiese recibido el inmueble de un enajenante de buena fe o de mala fe (casos 1 y 2 del ejemplo de Alchourrón y Bulygin)[41].

La moraleja de este ejemplo es que una laguna no está necesariamente conectada con la discrecionalidad judicial ni con la creación discrecional de derecho ya que nada impide que en otro sector del ordenamiento exista una solución a la controversia. En ese caso, la modificación del sistema no es una prueba de creación de derecho porque la 'nueva' norma ya era jurídicamente válida, pero no había sido tenida en cuenta[42].

## 5. LA CONCEPCIÓN VALORATIVA DE LAS LAGUNAS NORMATIVAS

Anteriormente he mencionado que la principal intuición subyacente a la concepción valorativa es que las lagunas normativas son 'algo más' que casos que el derecho no ha regulado y que ese elemento adicional no depende de la existencia de hechos sociales, sino de nuestra valoración de esos hechos. Una importante contribución a estas

40. Alchourrón, Carlos y Bulygin, Eugenio, 1974, p. 47.
41. Alchourrón, Carlos y Bulygin, Eugenio, 1974, p. 46.
42. En ciertas ocasiones, la norma que resuelve el caso y no forma parte del sistema emana de una fuente social que los jueces están autorizados a utilizar, pero que no son obligatorias. Al respecto, véase, Gardner, 1988, pp. 457-461.

concepciones valorativas es la que ha ofrecido Juan Ruiz Manero en un trabajo publicado hace ya más de una década. No puedo hacer justicia aquí a la sutileza con que el profesor de Alicante defiende sus argumentos principales. Más bien, me limitaré a exponer brevemente cinco claves de su reconstrucción con el propósito de suministrar un contexto básico a su propuesta.

En primer lugar, Ruiz Manero sostiene que el derecho incluye no solo normas o reglas expresamente formuladas (y sus consecuencias lógicas) sino también las razones subyacentes a ese material normativo. Por razones de simplicidad, esas razones subyacentes serán denominadas 'principios' y asumiré que ellos ofrecen pautas morales apropiadas para justificar las normas del sistema jurídico. Las normas y los principios suministran el material normativo relevante para la justificación de la decisión de un determinado caso, pero ellos, por sí mismos, solo suministran soluciones provisorias o *prima facie*, mientras que las calificaciones concluyentes o definitivas surgen del balance de todos esos elementos normativos relevantes.

En segundo lugar, tanto las normas formuladas (y sus consecuencias lógicas) como los principios son soluciones jurídicas provisorias por diferentes razones. Mientras que los últimos, por su propia naturaleza abierta, tienen una dimensión de peso que solo cristalizan en respuestas concluyentes a la luz de un balance de principios, las normas son respuestas provisorias porque su alcance está abierto a una permanente revisión interpretativa, que refleja el peso de los diferentes principios relevantes en un determinado caso

En tercer lugar, la calificación provisoria que ofrece un principio se 'transforma en deber concluyente siempre que, en relación con las propiedades del caso, no concurra otro principio que tenga, en relación con esas mismas propiedades, un mayor peso'[43]. A su vez, la calificación *prima facie* de una norma (e.g., una norma de obligación) se transforma en concluyente cuando no hay una razón de principio para modificar el deber que ella impone. Por tanto, no se pueden identificar las calificaciones concluyentes de las normas sin previamente determinar la fuerza concluyente de los principios subyacentes.

En cuarto lugar, la calificación concluyente de una norma no depende del hecho de que ella sea utilizada como razón operativa del razonamiento justificatorio. Cualquier norma puede ser *mal aplicada* cuando, a la luz del balance de razones, se le atribuye una fuerza concluyente que no posee. Por la misma razón, el peso concluyente de los principios en conflicto no puede ser determinado por el papel que *de hecho* juegan en el razonamiento práctico del juez, sino más bien esos argumentos serán correctos o incorrectos en la medida en que exista un criterio independiente de asignación de fuerza a cada principio. En este sentido, los jueces *descubren*, mediante el balance de

43. Ruiz Manero, 2005, p. 121.

razones, la respuesta correcta que el derecho impone como premisa operativa de su razonamiento justificatorio[44].

En quinto lugar, esta reconstrucción objetiva del balance de principios permitiría dar cuenta de que en casos de lagunas, las discrepancias entre juristas no son una polémica acerca de la mejor reforma posible de un cierto sistema (discrepancias acerca de cómo *debería ser* el derecho), sino un genuino desacuerdo acerca de las calificaciones concluyentes que el derecho ofrece para ciertos casos[45]. De igual modo, las decisiones judiciales en casos de lagunas no son necesariamente discrecionales sino guiadas por el balance de razones subyacentes.

Estos elementos son suficientes para comprender la propuesta de Ruiz Manero[46]:

> Un cierto caso constituye una laguna normativa de un cierto sistema jurídico si y solo si (1) ese sistema jurídico no contiene una regla que correlacione el caso con una solución normativa y (2) el balance entre los principios relevantes de ese sistema jurídico exige una regla que correlacione el caso con una solución normativa que califique la conducta de que se trate como obligatoria o prohibida.

En virtud de que la primera cláusula del concepto de Ruiz Manero es sustancialmente idéntica a la definición de Alchourrón y Bulygin, mi análisis se referirá exclusivamente a las diferencias que se producen por la aplicación de la segunda condición de la reformulación de Ruiz Manero y, a efectos de preservar la homogeneidad de la comparación, asumiré que los dos enfoques están exclusivamente interesados en las calificaciones concluyentes. Mis críticas se centrarán en dos cuestiones relacionadas: (a) la irrelevancia de las reglas permisivas, y (b) las relaciones entre principios y normas.

### a) Irrelevancia de las reglas permisivas

La reconstrucción de Ruiz Manero es una visión más bien escéptica de la función normativa independiente de las normas permisivas. Conforme a la primera cláusula, un caso solucionado con una norma permisiva no es una laguna y, de acuerdo con la segunda cláusula, tampoco es una laguna un caso que carece de solución cuando el balance de principios se decanta por una regla permisiva. En otras palabras, las normas permisivas, por sí mismas, son más bien irrelevantes ya que su presencia o ausencia no incide en la existencia de lagunas.

Ruiz Manero no proporciona ejemplos de lagunas normativas y, por consiguiente, no hay evidencia textual explícita del modo en que su enfoque reconstruye la práctica jurídica. Por esta razón, es útil retomar el conocido ejemplo de Alchourrón y Bulygin acerca del modo en que el viejo Código Civil Argentino de Vélez Sarsfield resuelve el

44. Acerca de estas dificultades, véanse las importantes observaciones de Alchourrón y Bulygin acerca de los 'Paradigmas realistas y conceptualistas' en Alchourrón y Bulygin, 1991, pp. 600-609.
45. Ruiz Manero, 2005, pp. 111-112.
46. Ruiz Manero, 2005, p. 123.

problema de la restitución de bienes inmuebles. Como he señalado anteriormente, los artículos formulados por Vélez Sarsfield para esta cuestión son el 2777 y 2778, que se refieren a diferentes situaciones que surgen de la combinación de tres propiedades: buena fe del enajenante, buena fe del adquirente y título oneroso.

Esos artículos expresan las siguientes normas:

N1: OR/ ¬BFE&BFA&TO (Es obligatorio restituir en caso de mala fe del enajenante, buena fe del adquirente y título oneroso.)

N2: OR/¬TO (Es obligatorio restituir en caso de transferencia a título gratuito.)

La matriz de este sistema se muestra en el siguiente diagrama:

| | **BFE** | **BFA** | **TO** | **N1** | **N2** |
|---|---|---|---|---|---|
| **1** | + | + | + | | |
| **2** | ¬ | + | + | OR | |
| **3** | + | ¬ | + | | |
| **4** | ¬ | ¬ | + | | |
| **5** | + | + | ¬ | | OR |
| **6** | ¬ | + | ¬ | | OR |
| **7** | + | ¬ | ¬ | | OR |
| **8** | ¬ | ¬ | ¬ | | OR |

Alchourrón y Bulygin señalan que los casos 3 y 4 son lagunas, aun cuando esas situaciones no fueron consideradas problemáticas por la dogmática argentina. Probablemente, la explicación más plausible de ese desinterés es el consenso acerca de la obligatoriedad de restituir el inmueble en los casos 3 y 4, aun cuando no haya una solución explícita ni implícita para ellos en este sistema. Ese consenso surge de un argumento de principio: la buena fe merece una especial protección y, por consiguiente, un caso de buena fe no puede encontrarse en peor posición que uno de mala fe[47]. Dado que en el caso 2 el actual poseedor de buena fe a título oneroso está obligado a restituir el inmueble, con mayor razón debe hacerlo el adquirente de mala fe (casos 3 y 4). Sin embargo, la solución de los casos 3 y 4 también podría haberse obtenido mediante un argumento *a contrario sensu* a partir de los casos 7 y 8, dando primacía a la naturaleza onerosa de la transferencia. Si las diferencias entre los pares de casos (3-7) y (4-8) es exclusivamente la presencia o ausencia de título oneroso, podría argumentarse de la siguiente manera: si en caso de transferencias a título gratuito es obligatoria la restitución (casos 7 y 8), entonces en casos en que la transferencia fuese a título oneroso, la restitución no es obligatoria (casos 3 y 4). En este argumento, el principio subyacente sería el de la mejor posición de los actos onerosos frente a los actos a título gratuito. Conforme a esta hipotética solución, el balance de principios hubiese resultado en la exigencia de una regla que protegiese normativamente la situación del actual poseedor a título

47. Alchourrón, Carlos y Bulygin, Eugenio, 1974, p. 48.

oneroso. Sin embargo, a diferencia de lo que ocurre en la concepción de Alchourrón y Bulygin, Ruiz Manero hubiese descartado que esa situación ejemplifique una genuina laguna normativa ya que, en su opinión, carece de mayor relevancia la permisión de conductas que no están prohibidas. Esta conclusión se manifiesta con mayor intensidad en el análisis del caso 1.

El caso 1 carece de solución y esa laguna normativa fue la que motivó un importante debate en la dogmática argentina acerca del mejor modo de resolver esa indeterminación. Esta es la conclusión que defienden Alchourrón y Bulygin pero, por el contrario, Ruiz Manero no admite que ese caso represente una 'genuina' laguna ya que no satisface la segunda cláusula de su reconstrucción. A diferencia de lo que ocurre con el balance de razones en los casos 3 y 4, en el caso 1 no parece tener mucho sentido extraer una regla de obligación del balance de razones subyacentes. Si se impusiese una obligación de restituir para el caso 1, todas las propiedades se convertirían en irrelevantes ya que todos los restantes casos están correlacionados con la misma solución[48]. Por tanto, la autorización (facultad) de restituir el inmueble es la opción más razonable para la solución de este caso ya que preserva la relevancia de las tres propiedades del universo de propiedades relevantes en caso de un actual poseedor de buena fe y a título oneroso, que hubiese recibido el bien de un enajenante de buena fe.

¿Por qué rechaza Ruiz Manero que el caso 1 sea una genuina laguna normativa? Las razones se conectan intrínsecamente con la equivalencia pragmática que existe entre permitir una conducta y simplemente no prohibirla[49]. Aquellas situaciones en las que solo tiene sentido dictar normas permisivas (e.g., caso 1) serían pragmáticamente equivalentes a situaciones en las que no hay razones concluyentes para regular un comportamiento y estas situaciones, a su vez, serían ejemplos de casos irrelevantes. En otras palabras, Ruiz Manero asimilaría la laguna del caso 1 con los conflictos que, por ejemplo, podrían producirse en situaciones como el de una pareja que no se pone de acuerdo en el lugar donde pasar sus vacaciones. En su opinión[50]:

> De acuerdo con la definición, pues, en relación con el caso de las vacaciones matrimoniales el sistema jurídico no contendría laguna alguna. La razón es que, de acuerdo con los principios que informan la institución matrimonial en los sistemas jurídicos que reconocen la igualdad entre los sexos, una eventual regla referida a este caso no podría ser sino permisiva… Y este mismo efecto –el hecho de que plegarse, o no plegarse, a los deseos del otro cónyuge sea una conducta disponible, es decir, libre de restricciones normativas, para cada uno de ellos– viene determinado igualmente por la ausencia de una regla al respecto.

A la luz de los principios subyacentes al régimen matrimonial de un derecho liberal, ese conflicto de intereses entre los cónyuges es un caso irrelevante porque hay buenas

48. El caso 2 es expresamente resuelto como obligatorio por la norma N1, para los casos 5 a 8 se derivan, como consecuencia lógica de N2, la obligatoriedad de la restitución y la misma solución se obtenía para 3 y 4 como resultado del balance de principios subyacentes.
49. Véase Atienza y Ruiz Manero, 1996, pp. 92-96. También, véase Ross, 1968, p. 122 y Lewis, 1979, pp. 163-174.
50. Ruiz Manero, 2005, p. 124.

razones para dejar esa situación sin regular. Sin embargo, en el marco del ejemplo de la restitución de bienes inmuebles (el caso 1), la situación es distinta. La diferencia básica es la siguiente: el conflicto de intereses de los cónyuges acerca del caso de las vacaciones es una acción que no está específicamente regulada en ninguna circunstancia y por ello es que puede mencionarse como un ejemplo de aquello 'que el derecho no regula ni pretende regular'. Es decir, no tiene mucho sentido pensar que la disponibilidad de esa acción depende de una combinación específica de propiedades (universo de propiedades) que ha sido insuficientemente resuelta por el legislador. Por el contrario, en el caso 1 del ejemplo de Vélez Sarsfield, la acción en cuestión (i.e., la restitución de bienes) es regulada en numerosos sectores del ordenamiento jurídico y en especial en diversos casos del universo de casos relevantes que el legislador ha diseñado para enfrentar al problema de la reivindicación de bienes inmuebles. Por ello, no hay mayores razones para sostener que se trata de una acción que el 'derecho no regula ni pretende regular'.

En resumen: parece natural asumir que, en casos de lagunas, el balance no solo impone obligaciones o prohibiciones, sino también reconoce una determinada facultad[51], limitando las opciones discrecionales de los jueces[52]. Esta es una modificación relativamente menor para la reconstrucción de Ruiz Manero y sería perfectamente asumible en su esquema conceptual.

### b) Relaciones entre principios y normas

El inagotable debate acerca de las normas y principios jurídicos refleja diferentes concepciones acerca del contenido del derecho y, en particular, con frecuencia gira en torno a la validez de las pautas implícitas que se pueden extraer del material normativo expresamente formulado por las autoridades. En la teoría del derecho tradicional, los principios jurídicos desempeñan un papel normativo subordinado; algo así como un recurso retórico para justificar la incorporación o eliminación de normas. Para estas teorías, las normas son las pautas de motivación más importantes y los principios ocupan un lugar residual para casos de indeterminación en los que las normas no ofrecen soluciones completas y coherentes. Esta primacía de las normas expresa ciertos valores sustantivos inherentes al modelo clásico del Estado de Derecho y no es posible abordar aquí los detalles y desafíos de este diseño institucional[53]. Para ilustrar esta dependencia de los principios frente a las normas puede mencionarse al artículo 11 de la Ley de Contrato de Trabajo de Argentina (13/5/1976), que establece:

> Cuando una cuestión no pueda resolverse por aplicación de las normas que rigen el contrato de trabajo o por las leyes análogas, se decidirá conforme a los principios de la justicia social, a los generales del derecho del trabajo, la equidad y la buena fe.

51. Para una crítica similar, véase, Bayón, 2009, p. 58, nota 29. También, en Atienza, 2009, pp. 111-112.
52. Por ejemplo, véase el trabajo de Alonso, 1995, pp. 403-431, donde se analiza el caso de la compensación de los gastos útiles de mala fe cuando el poseedor vencido reclama el reconocimiento de esas erogaciones.
53. Para un análisis contemporáneo de la conexión entre reglas y Estado de Derecho, véase, Laporta, 2007.

Sin embargo, en la teoría contemporánea es usual asumir que los principios ocupan una posición diferente ya que no solo sirven como un suplemento que opera de manera subsidiaria a las normas formuladas por la autoridad, sino que también tienen directa relevancia normativa ya que ofrecen pautas de justificación que pueden revisar y desplazar las calificaciones que se obtienen de las normas. Los principios generan nuevas reglas en tanto que justifican soluciones diferentes a las expresamente suministradas por las normas formuladas. Pero, la validez de esas nuevas reglas no depende de su efectivo reconocimiento por parte de jueces o autoridades, sino del peso que objetivamente tienen los principios jurídicos en cada ocasión concreta de aplicación.

Estas dos concepciones sitúan a los principios en diferentes espacios del ordenamiento jurídico. Mientras que la primera concepción reconoce a los principios como 'fuentes del derecho', apropiados para resolver aquellas situaciones que las normas no han regulado, la segunda concepción los integra como parte vinculante del derecho. En la primera concepción, una laguna puede ser solucionada usando un principio para modelar una nueva norma general y la validez de esa nueva norma dependerá de la autoridad que la formule, pero en la segunda concepción, los principios ofrecen, por sí mismos, una solución a la controversia, aunque su peso específico en ese conflicto dependerá del balance entre principios en conflicto.

Ruiz Manero asume esta segunda concepción de los principios. Según el profesor de Alicante:[54]

> El resultado de este balance de principios concurrentes es una regla que establece la prevalencia de uno de ellos, dadas ciertas circunstancias genéricas, esto es, el deber concluyente de realizar, dadas tales circunstancias, la conducta prescrita en el consecuente de uno de ellos.

Por consiguiente, el resultado del balance *es* una regla que califica conductas y no una 'meta-regla' que simplemente justifica la introducción de *otra* regla que califique conductas. Más bien, la idea de Ruiz Manero parece ser similar a la expuesta por Alexy: el resultado del balance de principios es una regla conceptual que define la jerarquía entre principios para un determinado universo de casos y esas condiciones de precedencia entre principios constituyen el supuesto de hecho de una regla que impone las consecuencias jurídicas del principio superior[55].

En segundo lugar, las reglas que surgen del balance de principios serán parte del derecho en la misma medida en que los principios son parte del derecho[56]. En otras palabras, esas reglas están *implícitas* en el derecho de esa comunidad. Si se admite que los principios son pautas jurídicamente vinculantes, entonces no hay razones para negar la validez de las reglas resultantes del balance de principios jurídicos.

54. Ruiz Manero, 2005, p. 121.
55. Alexy, 1993, pp. 90-95.
56. Los principios no satisfacen necesariamente las relaciones sistemáticas clásicas de legalidad o deducibilidad. Sin embargo, en la medida en que los principios justifican la revisión interpretativa de las normas formuladas (I.e., afectan su significado), ellos están internamente relacionados con el material expresamente promulgado y forman parte del mismo sistema jurídico. Véase, Raz, 1970, p. 24.

En tercer lugar, como he señalado anteriormente, para Ruiz Manero los juristas discrepan acerca de las calificaciones concluyentes que surgen del balance de principios y esa controversia no es acerca de aquello que debe ser el derecho sino acerca de lo que *verdaderamente exige* el derecho. Aquello que concluyentemente exige el derecho no depende de las preferencias de los juristas o de las decisiones de los jueces sino del correcto balance de los principios subyacentes. Dado que el balance es 'objetivo', el contenido del derecho está implícito en el conglomerado de reglas y principios y los jueces tienen que descubrir la respuesta correcta (el balance apropiado) para cualquier circunstancia. Esta respuesta, que juristas y jueces tienen que descubrir en el material jurídico, será una obligación jurídicamente concluyente o una permisión jurídicamente concluyente que ya forman parte del derecho.

En resumen, *antes* de realizar el balance de principios subyacentes no podemos determinar si un cierto caso es una genuina laguna normativa o un caso irrelevante. Pero, si *después* del balance de principios se descubre una regla válida que impone una obligación, entonces el caso en cuestión no era una laguna porque que el sistema ya contenía una regla que solucionaba la controversia. Por el contrario, si *después* del balance de principios no se identifica a una regla válida que impone una cierta obligación, entonces el caso en cuestión no era una laguna ya que no satisface la segunda cláusula de la reconstrucción de Ruiz Manero. En resumen: *antes* del balance de principios no es posible determinar si un caso es una genuina laguna normativa o un caso irrelevante y *después* del balance de principios tampoco es posible identificar ese tipo de lagunas. Más allá de otras innegables virtudes que tiene el enfoque de Ruiz Manero, no parece de gran utilidad un concepto de laguna que no permita identificar en la práctica a esas indeterminaciones.

## 6. LOS CASOS IRRELEVANTES COMO PROBLEMAS EXTERNOS AL DERECHO

En las secciones anteriores he mostrado que las concepciones objetiva y evaluativa proporcionan respuestas inadecuadas al problema de la distinción entre lagunas y casos irrelevantes. Por esa razón, las conexiones entre los casos que el derecho no regula y la creación discrecional de derecho por parte de los jueces también está caracterizada de manera imprecisa. En esta sección señalaré que un avance en la solución de este problema exige una clara distinción entre acciones y casos. Por extraño que parezca, los críticos al modelo clásico de Alchourrón y Bulygin no han prestado mayor atención a esta distinción. Por ejemplo, Carlos Nino señala[57]:

> … ningún jurista llamaría incompleto a un orden jurídico que no regula, por ejemplo, la acción de mover el dedo meñique o tartamudear… El concepto central de laguna es de

57. Por ejemplo, Nino, 1979, Reimpreso en el 1995. Véase, la página 72 de esta última edición. También, Mazzarese, 2002, p. 138.

> índole valorativa: un sistema tiene una laguna cuando no contiene ninguna solución normativa para un cierto caso, a pesar de que *debería contener una solución*.

Mientras que la primera parte del argumento de Nino se refiere a acciones irrelevantes, la segunda parte conecta con propiedades (casos) irrelevantes. En el mismo sentido, Bayón afirma[58]:

> …se tiende a presuponer que solo cabe hablar con propiedad de laguna cuando no esté regulado un *caso* que derecho 'pretende' o 'tendría que' regular (de otro modo, y salvo que el sistema contenga una norma de clausura que haga posible que *toda acción imaginable* quede calificada deónticamente, el número de 'lagunas' resultaría literalmente ilimitado: esto es, todo sistema no cerrado o clausurado tendría un número infinito de lagunas) (Itálicas añadidas)

En una concepción del derecho que admite que los sistemas jurídicos incluyen todas sus consecuencias lógicas, la distinción entre casos y acciones es importante ya que mientras que las calificaciones normativas se proyectan desde los casos menos finos hacia los casos más finos, en el universo de acciones la relación se obtiene en sentido inverso. Por ello, en un sistema completo, el añadido de un infinito conjunto de propiedades P a un cierto universo de casos relevantes implica que los elementos de P son normativamente irrelevantes siempre que el sistema mantenga su coherencia. Pero nada similar ocurre con los elementos del universo de acciones. En este caso, como se señaló anteriormente, las soluciones se heredan desde conjuntos más finos hacia los menos finos. Por ello, de la relevancia de una propiedad respecto de un determinado universo de acciones nada puede inferirse acerca de su relevancia con relación a otra acción (i.e., otro problema) diferente. La inadvertencia de este rasgo de la relevancia normativa explica la crítica de Ruiz Manero a Alchourrón y Bulygin. En su opinión, la acción de beber zumo de naranja en el desayuno de un día de marzo antes de las 8 de la mañana es irrelevante para el derecho y, por consiguiente, no es un ejemplo de laguna normativa. Para que una cierta situación sea una laguna es preciso que se trate de un caso relevante y, en opinión de Ruiz Manero[59],

> … aquí es donde el modelo de Alchourrón y Bulygin ofrece una respuesta que no acaba de resultar satisfactoria: de acuerdo con ellos, sería relevante todo caso en el que estuviera presente que alguna regla jurídica considerara como relevante. Y aquí nos bastaría introducir una pequeña modificación en el caso anterior para transformarlo en jurídicamente relevante (de acuerdo con el criterio de relevancia postulado por Alchourrón y Bulygin); añadiendo a las propiedades de que se trate de un desayuno en un día de marzo y antes de las 8 de la mañana, la propiedad de que las personas que participan en él estén casadas entre sí (pues la propiedad de estar casado es una propiedad que numerosas reglas jurídica que no regulan, desde luego, la acción de desayunar, sino otras acciones ciertamente muy distintas, consideran como relevante). Y resulta intuitivamente claro que la presencia de la propiedad de estar casados quienes desayunan no añade ni un ápice de relevancia al

58. Bayón, 2009, p. 33.
59. Ruiz Manero, 2015, p. 49.

caso en cuestión, que nos parece con claridad que sigue siendo perfectamente irrelevante para el derecho.

Esta crítica atribuye errores que no presenta el modelo de Alchourrón y Bulygin. En particular, aunque la propiedad 'estar casado' es relevante para muchos problemas normativos, e.g., régimen patrimonial, acceso a subsidios, etc., esto no significa que esa propiedad es irrelevante respecto de cualquier universo de acciones. De este modo, si una acción (e.g., beber zumo de naranja) no está deónticamente determinada en relación con ninguna propiedad, entonces puede ocurrir que el añadido de otra propiedad *relevante para otra acción* (e.g., régimen patrimonial) carezca de impacto normativo. Eso es lo que permite concluir a Ruiz Manero que la propiedad de 'estar casado' no añade ni un ápice de relevancia al problema del desayunar zumo a las 8 de la mañana de un día de marzo. Esta es la conclusión que se obtiene del enfoque de Alchourrón y Bulygin y la confusión de Ruiz Manero surge de asumir que para ellos si una propiedad es jurídicamente relevante para un problema conserva esa relevancia en cualquier otro problema diferente.

A efectos de evitar estas confusiones adaptaré las definiciones de relevancia de propiedades y acciones introducidas por Alchourrón y Bulygin[60], diré que una acción R es relevante cuando está *normativamente determinada*, i.e. R es calificada como obligatoria, prohibida o permitida. Cuando un caso $C_i$ es identificado como una laguna normativa, el micro-sistema que se utiliza para regular una cierta acción R ofrece una solución para R respecto de ciertos casos, aunque el caso elemental $C_i$ en cuestión no tenga correlacionada una solución. En este sentido, la acción R es relevante ya que aun cuando las lagunas son casos sin regular, R está normativamente determinada por el sistema normativo en otros casos del universo de casos. Por el contrario, una acción pertenece a la esfera extranormativa cuando es irrelevante en el *ordenamiento* jurídico (o macro-sistema, o sistema total). Es decir, una acción es irrelevante cuando *cualquier propiedad* $p_1$, $p_2$, …, $p_n$ es irrelevante respecto de esa acción específica. En este sentido, si una acción está ubicada en la esfera extranormativa, entonces no hay ningún subsistema del ordenamiento jurídico que regule esa conducta y ninguna propiedad es relevante en el derecho de esa comunidad para determinar su estatus deóntico con relación a ningún caso.

Dado que las propiedades son relevantes con relación a una determinada acción, la identificación del universo de casos relevantes UCR supone que previamente se ha determinado un cierto Universo de Acciones UA que fija el problema normativo. Una modificación en la *amplitud* del universo de acciones significa un cambio de problema normativo y nada asegura que el sistema útil para resolver un cierto problema A también sea apropiado para resolver otro problema B. Por ello, a diferencia de las lagunas normativas –que son problemas *internos* a un micro-sistema que regula una determinada acción– los 'casos irrelevantes' son problemas *externos* a los sistemas normativos y se refieren a la calificación normativa de *acciones* que están más allá

60. Alchourrón y Bulygin, 1974, p. 153.

de las conductas reguladas por las normas positivas. En este sentido, no se trata de que esa acción sea irrelevante para un determinado sector del ordenamiento como el derecho agrario, o el derecho de la Comunidad Autónoma de Valencia, sino que esa conducta es indiferente respecto del contenido explícito o implícito de cualquier otra norma del ordenamiento.

Esta reconstrucción, sin embargo, no es unánimemente aceptada. Por ejemplo, Atienza y Ruiz Manero distinguen entre casos en la esfera extranormativa (que denominan 'indiferencia') y otros casos en los que una conducta relevante para un sistema S carece de solución, pero señalan que[61]:

> … parece obvio que hay formas de conducta en las que el Derecho de Familia, o el Derecho de la Comunidad Autónoma de Valencia, no están interesado. En relación con el sistema jurídico en su conjunto cabe dudar, sin embargo, de que haya conductas propiamente indiferentes. El hecho de que, como dice Raz…, los sistemas jurídicos pretendan autoridad para regular cualquier conducta –esto es, reclamen para sí una competencia material ilimitada– es un buen argumento en favor de la tesis de la inexistencia (desde el punto de vista del sistema jurídico en su conjunto) de conductas indiferentes: aquí cabría decir que –en virtud de la competencia material ilimitada que los sistemas jurídicos reclaman para sí– todo lo no prohibido está permitido, esto es regulado jurídicamente.

Con independencia de la plausibilidad de la distinción entre la esfera normativa y las lagunas, el argumento de Atienza y Ruiz Manero acerca del ámbito de indiferencia no es persuasivo. En el párrafo reproducido arriba hay tres ideas diferentes. En primer lugar, el alcance restringido de la esfera de indiferencia; en segundo lugar, las dudas acerca de si existen conductas indiferentes en el sistema jurídico en su conjunto y, finalmente, la referencia a Raz como apoyo para concluir que todo lo no prohibido está permitido, esto es, regulado jurídicamente. Dejaré de lado por el momento la discusión acerca de la primera idea y me concentrar en las dos últimas.

Atienza y Ruiz Manero utilizan el argumento de Raz acerca de la naturaleza comprehensiva de los sistemas jurídicos como fundamento de su última tesis, referida a la inexistencia de conductas jurídicas indiferentes en el sistema global, y de la verdad de la afirmación de que todo lo que no está prohibido está regulado (permitido) en ese ordenamiento. Sin embargo, es necesario destacar que cuando Raz señala que los sistemas son comprehensivos solo intenta señalar que ellos *pretenden tener autoridad* para regular cualquier conducta[62], pero de allí no se sigue que, de hecho, los sistemas jurídicos efectivamente hayan regulado toda acción posible. Más bien, Raz niega que las conductas débilmente permitidas estén regulas por el derecho. En su opinión[63],

61. Atienza y Ruiz Manero, 1996, p. 106.
62. Raz, 1979, p. 116. Este párrafo es reproducido en Raz, 1990, p. 150, que es el texto al que se refieren Atienza y Ruiz Manero.
63. Raz, 1979, p. 117.

> Un sistema normativo, sin embargo, no regula la conducta meramente permitida en sentido débil. Un acto está débilmente permitido si el sistema no contiene una norma que lo prohíba. Está permitida en sentido fuerte si el sistema contiene una norma que la permite.

Esta afirmación parece incompatible con la tesis de Raz según la cual el derecho carece de lagunas y tal vez esa sea la razón por la que Atienza y Ruiz Manero invocan a Raz en apoyo de su intuición sobre la exhaustividad del derecho en su conjunto. No abordaré aquí esta cuestión[64]. Solo señalaré que cuando Raz sostiene que no hay lagunas no pretende negar que existan casos que el derecho no regula (i.e., permite débilmente), sino más bien su respuesta evoca la posición de Kelsen: los jueces siempre disponen de una justificación (en términos de 'permitido' o 'prohibido' concluyentemente) frente a cualquier situación dentro de su ámbito de competencia[65]. De esta manera, aunque el derecho no regule todas las acciones, esas conductas débilmente permitidas están protegidas ya que ellas están concluyentemente permitidas cuando no hay razones concluyentes para que el juez disponga su omisión.

En conclusión, la teoría de Raz no ofrece respaldo para el enfoque de Atienza y Ruiz Manero acerca de la inexistencia de conductas indiferentes en el sistema jurídico en su conjunto (en el 'ordenamiento jurídico'). La moraleja a extraer de este análisis es que es necesario distinguir claramente entre las lagunas normativas, que son indeterminaciones *internas* a un micro-sistema normativo, y los casos irrelevantes, que son problemas *externos* al ordenamiento jurídico. En este sentido, los casos irrelevantes pertenecen a una esfera extranormativa que 'escapa' a *todas* las normas válidas de la comunidad (i.e., al ordenamiento jurídico) y no solamente a un sector específico (e.g., el derecho civil) del derecho. El contenido intuitivo de los ejemplos de 'casos irrelevantes' invocados por los críticos de la concepción objetiva (e.g., escoger el color de los pantalones, mover el dedo meñique, hablar por teléfono con los amigos, escoger un sitio de vacaciones, etc.[66]) conlleva el mensaje de que esas situaciones son tan intrascendentes para la vida social que *ninguna norma jurídica* se refiere a ellas. Por el contrario, la existencia de una laguna en un micro-sistema normativo (i) presupone que la *acción* en cuestión está regulada en un cierto conjunto de circunstancias, aunque desafortunadamente uno o varios casos de esa combinación carezcan de solución y (ii) es compatible con el hecho de que otro subsistema del ordenamiento (i.e., del conjunto de normas válidas) ofrezca una solución. En definitiva, mientras que en casos de lagunas normativas las acciones pertenecen al conjunto de acciones reguladas (al menos, en algún otro caso diferente al que ejemplifica la laguna), las acciones que pertenecen a la esfera extranormativa no son reguladas por ninguna norma del ordenamiento. El

64. Raz niega que existan lagunas cuando 'el derecho guarda silencio', pero enfatiza que otros tipos de indeterminaciones normativas surgen cuando 'el derecho habla con voz incierta', I.e., en casos de vaguedad o conflictos de razones jurídicas. Véase, Raz, 1979, pp. 73-80.

65. Raz, 1979, p.71.

66. Estos ejemplos son los que mencionan Atienza y Ruiz Manero, Carlos Nino, Tecla Mazzarese y Fernando Atria, respectivamente. Tanto la lista de acciones irrelevantes como de autores preocupados en distinguirlas de las lagunas normativas podría ser fácilmente expandida.

ordenamiento jurídico no las regula ni pretende regularlas y, en ese sentido, están más allá de los límites del derecho.

## 7. CONCLUSIONES

Las principales ideas que he defendido en este trabajo pueden resumirse en las siguientes afirmaciones:

- Los sistemas jurídicos son sistemas normativos abiertos. Como consecuencia de esa peculiar naturaleza, es preciso rechazar que ellos necesariamente regulen a cualquier situación posible.
- Aunque el derecho no regule una determinada esfera de conducta, no es necesario asumir que un conflicto de intereses acerca de esa situación requiera una decisión discrecional por parte de los jueces. Por ejemplo, es frecuente que el derecho deje sin regular ciertas esferas de conducta para que los individuos puedan desarrollar planes de vida y asumir compromisos normativos en ese ámbito de libertad. En virtud de su naturaleza abierta, el derecho protege y da valor –sin incorporarlos como parte del sistema jurídico– a los acuerdos privados que los individuos desarrollan en el marco de su autonomía.
- Otras situaciones que el derecho no regula (ni pretende regular) son casos irrelevantes, que parecen escapar del ámbito jurídico por su escasa relevancia social (e.g. mover un dedo). La teoría jurídica tradicional ha señalado que las lagunas normativas son 'algo más' que casos irrelevantes porque son situaciones que el derecho *debería* regular.
- La teoría tradicional también destaca que en casos irrelevantes, los jueces carecen de discrecionalidad y que una exigencia relativa a un caso irrelevante debe ser rechazada. Sin embargo, en caso de lagunas, los jueces podrían crear intersticialmente derecho.
- Para trazar una adecuada delimitación entre lagunas y casos irrelevantes es preciso distinguir entre (i) micro-sistemas y ordenamiento jurídico y (ii) acciones y propiedades relevantes.
- La separación entre casos de lagunas y otros casos irrelevantes que el derecho no regula ni pretende regular no requiere un argumento evaluativo. Mientras que en casos de lagunas, la acción en cuestión carece de regulación en un cierto caso (pero tiene solución en otras circunstancias) por parte del micro-sistema, los 'casos irrelevantes' son simplemente acciones que no están deónticamente determinadas en el ordenamiento jurídico (sistema total).

Finalmente, un análisis completo de los casos irrelevantes tiene que enfrentar el problema de la eventual discrecionalidad que los jueces tendrían en caso de que surgiese un conflicto de intereses acerca de una conducta en la esfera extranormativa. Bulygin traza una distinción en los casos de esta esfera entre aquellas situaciones que el juez

encuentra carente de interés y otros casos que impresionan al juez como suficientemente serios[67]. En este último supuesto, Bulygin afirma que el magistrado lo tratará de manera similar a una laguna normativa y ello significa que resolverá ese caso mediante la creación discrecional de una nueva norma. Por tanto, aunque los casos no regulados no son 'simplemente' lagunas normativas, el juez tiene discreción para clasificarlos como irrelevantes (y rechazar la demanda) o como lagunas (si es que lo considera suficientemente importantes y así crea nuevo derecho para resolver el conflicto). Esto significa que, para Bulygin, no hay límites normativos externos que controlen la clasificación que un juez realiza de un determinado conflicto irrelevante y, por consiguiente, su decisión de rechazar la demanda o de sustanciar el pleito de manera similar a los casos de lagunas, no es jurídicamente correcta ni incorrecta.

Por el contrario, una concepción evaluativa (e.g., la propuesta por Ruiz Manero) insistirá en que nuestros diseños institucionales niegan esa discrecionalidad judicial. Más bien, estas teorías insistirán en que la decisión judicial acerca de la irrelevancia de un caso –y su posterior desestimación– es una cuestión guiada por los principios del ordenamiento y que, por esta misma razón, la decisión de suministrar apoyo institucional en casos 'suficientemente serios' no es discrecional sino normativamente guiada por los principios del ordenamiento jurídico.

Aunque ambas teorías capturan importantes aspectos de nuestras prácticas jurídicas, una evaluación crítica de estas propuestas no puede abordarse en este trabajo.

## 8. BIBLIOGRAFÍA

Alchourrón, Carlos, 1991: 'Lógica de normas y lógicas de proposiciones normativas', en Alchourrón, Carlos y Bulygin, Eugenio, *Análisis lógico y derecho*, Madrid: Centro de Estudios Constitucionales, pp. 25-50

Alchourrón, Carlos y Bulygin, Eugenio: 1974, *Introducción a la metodología de las ciencias jurídicas y sociales*, Buenos Aires: Astrea

Alchourrón, Carlos y Bulygin, Eugenio: 1991, 'Permisiones y normas permisivas', en Alchourrón, Carlos y Bulygin, Eugenio, *Análisis lógico y derecho*, Madrid: Centro de Estudios Constitucionales, pp. 215-238,

Alchourrón, Carlos y Bulygin, Eugenio: 1991, 'Libertad y autoridad normativa', en Alchourrón, Carlos y Bulygin, Eugenio, *Análisis lógico y derecho*, Madrid: Centro de Estudios Constitucionales, pp. 219-248

Alchourrón, Carlos y Bulygin, Eugenio, 1991: 'Verdad deóntica y valores', en Alchourrón, Carlos y Bulygin, Eugenio, *Análisis lógico y derecho*, Madrid: Centro de Estudios Constitucionales, pp. 591-610

Alexy, Robert, 1993: *Teoría de los derechos fundamentales* (Trad. de Garzón Valdés, E. *et al*), Madrid, Centro de Estudios Constitucionales

Alonso, Juan Pablo, 1985: 'Un caso difícil en el código civil español', *Doxa* 17-18

67. Bulygin, 2005, p. 83.

Atienza, Manuel y Ruiz Manero, Juan, 1996: *Las piezas del derecho*, pp. 92-96, Barcelona: Ariel

Atienza, Manuel, 2009: 'Sobre «creación judicial de derecho» de Eugenio Bulygin' en Bulygin, Eugenio *et al*, *Problemas lógicos en la teoría y práctica del derecho*, Madrid: Fundación Coloquio Jurídico Europeo, pp. 95-126

Atria, Fernando, 2005: 'Sobre las lagunas', en Atria, Fernando. *et al*, *Lagunas en el derecho*, Madrid: Marcial Pons, pp. 15-28

Atria, Fernando, 2005: 'Creación y aplicación del derecho: entre formalismo y escepticismo' en Atria, Fernando. *et al*, *Lagunas en el derecho*, Madrid: Marcial Pons, pp. 45-72

Bayón, Juan Carlos, 2009: 'Sobre el principio de prohibición y las condiciones de verdad de las proposiciones normativas' en Eugenio *et al*, *Problemas lógicos en la teoría y práctica del derecho*, Madrid: Fundación Coloquio Jurídico Europeo, pp. 27-74

Bulygin, Eugenio, 1991: 'Sentencia judicial y creación de derecho', en Alchourrón, Carlos y Bulygin, Eugenio, *Análisis lógico y derecho*, Madrid: Centro de Estudios Constitucionales, pp. 355-370.

Bulygin, Eugenio, 2005: 'En defensa de El Dorado. Respuesta a Fernando Atria', en Atria, Fernando. *et al*, *Lagunas en el derecho*, Madrid: Marcial Pons, pp. 73-86

Caracciolo, Ricardo, 1994: 'El concepto de Laguna: ¿Descripción o prescripción?' en *La noción de sistema en la teoría del derecho*, pp. 25-34, México: Fontamara

Dworkin, Ronald, 1977: 'Hard Cases', en *Taking Rights Seriously*, Cambridge: Harvard University Press

Gardner, John, 1988: 'Concerning Permissive Sources and Gaps', *Oxford Journal of Legal Studies* 8.

Honoré, Tony, 1987: *Making Law Bind*, Oxford: Oxford University Press

Kelsen, Hans, 1979, *Teoría pura del derecho*, 2a edición (Trad. De Vernengo, R.) México: UNAM

Kelsen, Hans, 1991: *General Theory of Norms* (Trad de M. Hartney), Oxford: Oxford University Press,

Kelsen, Hans, 1992: *Introduction to the Problems of Legal Theory*, (Trad. de Paulson, S.), Oxford: Oxford University Press

Laporta, Francisco, 2007, *El Imperio de la Ley: Una visión actual*, Madrid: Trotta

Larenz, Karl, 1980: *Metodología de la ciencia del derecho*, 4ta edición, (Trad. De Rodríguez Molinero), Barcelona: Ariel

Ramos Pascua, José A., 2017: 'Lagunas del derecho y positivismo jurídico' en *Doxa* 40, pp. 50-57

Lewis, David, 1979: 'A Problem about Permission', en Saarinen, Esa et al. (eds.), *Essays in Honour of Jaakko Hintikka*, pp. 163-174, Dordrecht: Reidel

Nino, Carlos, 1979: *Algunos modelos metodológicos de 'ciencia' jurídica* (Valencia, Venezuela: Universidad de Carabobo, 1979). Reimpreso en 1995, México: Fontamara (México).

Mazzarese, Tecla, 2002: 'Permisión fuerte y permisión débil: notal al margen', en Navarro, Pablo y Redondo, Cristina eds), *La relevancia del derecho*, Barcelona: Gedisa

Raz, Joseph, 1970: *The Concept of a Legal System*, Oxford: Oxford University Press

Raz, Joseph, 1979: 'Legal Reasons, Sources and Gaps', en Raz, Joseph, *The Authority of Law*, Oxford: Oxford University Press, pp. 56-80

Raz, Joseph, 1979: 'The Institutional Nature of Law', en Raz, Joseph, *The Authority of Law*, Oxford: Oxford University Press, pp. 106-123

Raz, Joseph: 1990 *Practical Reason and Norms*, 2.ª edición, Princeton: Princeton University Press

Rodríguez, Jorge, L., 2002: *Lógica de los sistemas jurídicos,* Madrid: Centro de Estudios Constitucionales

Ruiz Manero, Juan, 2005: 'Algunas concepciones del derecho y sus lagunas' Atria, Fernando. *et al*, *Lagunas en el derecho*, Madrid: Marcial Pons, pp. 103-126

Ruiz Manero, Juan, 2015: 'Sistema jurídico: lagunas y antinomias' en González Lagier, Daniel (ed), *Conceptos básicos del derecho*, Madrid: Marcial Pons

Schauer, Frederick, 1991: *Playing by the Rules*, pp. 53-62, Oxford: Oxford University Press

Soeteman, Arend, 1989: *Logic in* Law, Dordrecht: Kluwer

Ross, Alf, 1968: *Directives and* Norms, Londres: Routledge & Kegan, Paul

Von Wright, G.H., 1968: *An Essay in Deontic Logic and the General Theory of Action* (Helsinki/ Amsterdam: Acta Philosophica Fennica, 1968).

Von Wright, G.H., 1984: 'The Logic of Predication' en von Wright, G. H., *Truth, Knowledge and Modality*, Oxford: Oxford University Press

Von Wright, G.H., 1995: 'Analytical Philosophy: A Historico-Critical Survey', en von Wright, G. H., *The Tree of Knowledge,* New York: Brill

Wilson, Aida, 1994: 'Hans Kelsen –*Introduction to the Problems of Legal Theory*– Book Review' en *Utilitas* 6

Doxa. Cuadernos de Filosofía del Derecho, (2020), *43*
e-ISSN: 2386-4702 | ISSN: 0214-8676

# El pragmatismo judicial de Oliver Wendell Holmes, Jr. y la teoría predictiva del Derecho*

## The Legal Pragmatism of Oliver Wendell Holmes, Jr. and the Predictive Theory of Law

Horacio J. J. Piombo

**Autor:**
Horacio J. J. Piombo
Universidad Nacional de La Plata, Argentina
hjp2127@columbia.edu
https://orcid.org/0000-0002-1664-5319

**Recibido:** 26-02-2019
**Aceptado:** 5-11-2019

**Citar como:**
Piombo, Horacio J. J., (2020). El pragmatismo judicial de Oliver Wendell Holmes, Jr. y la teoría predictiva del Derecho. Doxa. Cuadernos de Filosofía del Derecho, *43*, pp. 189-218. https://doi.org/10.14198/DOXA2020.43.08

**Licencia:**
Este trabajo se publica bajo una Licencia Creative Commons Atribución 4.0 Internacional.

© Horacio J. J. Piombo

**Resumen**

«Yo entiendo por "Derecho" las profecías acerca de lo que los tribunales harán en concreto; nada más ni nada menos». Con estas pocas palabras, Holmes, Jr. resumía su antiformalista Teoría predictiva del Derecho. Este artículo sostiene que dicha construcción fue pensada para el abogado practicante y que responde a la corriente filosófica pragmática, habiendo Holmes también recurrido ocasionalmente al pragmatismo para resolver casos difíciles en su rol de juez. Pero como el pragmatismo judicial ha sido tachado de antijurídico y amorfo –y, por ende, impredecible–, intentaré determinar hasta qué extremo este último es compatible con la idea de que la conducta de los jueces puede ser anticipada para así descubrir el contenido del Derecho.

**Palabras clave:** la senda del Derecho; teoría predictiva del Derecho; filosofía pragmática; pragmatismo judicial; Oliver Wendell Holmes; Richard Posner; Stephen Breyer.

**Abstract**

«The prophecies of what the courts will do in fact, and nothing more pretentious, are what I mean by the law". With these few words, Holmes, Jr. summarized his anti-formalistic Predictive Theory of the Law. This article claims that such construction was conceived for the practicing attorney and that it is the by-product of pragmatic philosophical thinking, having Holmes also occasionally resorted to pragmatism to decide hard cases as a judge. But since the pragmatic approach to judicial decision-making

* Las traducciones al español de los pasajes pertinentes han sido extraídas de la edición de *The Path of the Law* publicada por Abeledo Perrot en Buenos Aires en el año 1975, bajo el título *La Senda del Derecho*. Agradezco al Hon. Richard J. Sullivan, Juez de la Corte Federal de Apelaciones para el Segundo Circuito (YLS' 90), por la supervisión y sugerencias durante la elaboración del presente trabajo cuya versión original fue presentada en el marco del seminario *American Jurisprudence: Judicial Interpretation and the Role of Courts* durante el otoño de 2017 en la Escuela de Leyes de la Universidad de Columbia.

has been accused of being lawless and formless –thus unpredictable– I will try to determine to what extent the latter can be reconciled with the idea that a judge's conduct may be anticipated so to discover the content of the law.

**Keywords:** The Path of the Law; Predictive Theory of the Law; Philosophical pragmatism; Legal Pragmatism; Oliver Wendell Holmes; Richard Posner; Stephen Breyer.

## I. «EL MAL HOMBRE» Y LA TEORÍA PREDICTIVA DEL DERECHO: LA MIRADA DE UN ABOGADO PRACTICANTE

El 8 de enero de 1897, Oliver Wendell Holmes, Jr. –quien por ese entonces se desempeñaba como juez asociado de la Suprema Corte de Massachusetts– se dirigió a una entusiasta audiencia de alumnos y profesores de la Universidad de Boston. La ocasión era la inauguración de un nuevo edificio para la Escuela de Leyes, motivo por el cual se esperaba que la disertación tuviera tono ceremonial y, dada la naturaleza de gran parte de los oyentes, vocacional también. *La Senda del Derecho (The Path of the Law)*, título que le puso a su ensayo y que se publicaría dos meses más tarde en el *Harvard Law Review*, no tenía nada de eso. En lugar de referirse a los abogados como «protectores de derechos» de la manera en que era corriente en los discursos de graduación, o incluso en elogios escritos por él mismo a colegas difuntos[1], Holmes se refirió a los abogados de la peor manera con la que la sociedad los podía ver: como consejeros a sueldo de personas malvadas.

En su afamado artículo, que iría a convertirse en el «evangelio» del realismo jurídico norteamericano[2], Holmes por primera vez reveló sin eufemismos lo que el Derecho significaba para él. Solo una muy sutil referencia había sido deslizada años antes en su renombrado *The Common Law*, cuando dijo que «La vida del derecho no ha sido lógica, sino experiencia»[3]. Algunos han visto en esa frase un resumen de su concepción polifacética del Derecho, la una estática –marcada por el juego de las reglas y estándares extraíbles de los precedentes y las leyes– y la otra dinámica –determinada por las proyecciones en el Derecho de nociones de justicia, razonabilidad y política pública que lo mantenían en permanente evolución–[4]. Otros, más resumidamente, que allí por «lógica» estaba aludiendo al formalismo y por «experiencia» al empirismo[5], allanando el camino para la más emblemática proclamación que estaba por venir.

1. Gordon, 2000: 11-12. El autor sostiene que «*La Senda del Derecho* es también un discurso vocacional, aunque uno en el cual Holmes deja en claro que viene a limpiar la casa. Barriendo con su escoba modernizadora, Holmes ataca las viejas tradiciones como si fuesen telarañas… Pero el contraste más dramático con los discursos vocacionales tradicionales no se da en aquello de lo que se burla sino en aquello que falta. En ningún lugar se refiere al abogado como el ministro de justicia o la persona de confianza de sus clientes o de la sociedad en general - el abogado como protector de derechos…».
2. Fisch, 1942: 86.
3. Holmes, 2009: 14.
4. Postema, 2011: 57-70.
5. Posner, 2003: 57.

En su notable exposición, Holmes montó un asalto sin cuartel contra dos principios sumamente arraigados para las operaciones del Derecho. En palabras de Luban: «…veloz y brutalmente demolió las pretensiones de la ley de ser la autoridad lógica o moral»[6]. Es que de un lado echó por tierra la tradicional aproximación formalista-silogística para la interpretación del Derecho[7], mientras que por otro mostró un gran escepticismo hacia los valores morales como medios aptos para su entendimiento. Ambas afirmaciones estaban en cierto modo conectadas y fueron ilustradas a través de la analogía de aquello a lo que se refirió como el «mal hombre», idea sobre la cual iría a construir lo que pasaría a conocerse como la Teoría predictiva del Derecho:

> Cuando estudiamos Derecho no estamos estudiando algo misterioso, sino una profesión bien conocida. Estudiamos para adquirir el conocimiento que necesitamos cuando debamos comparecer ante los jueces o cuando tengamos que asesorar a otras personas acerca del proceder más adecuado para evitar enredos judiciales […] La gente desea saber en qué circunstancias y hasta qué punto correrá el riesgo de hallarse enfrentada con una fuerza tan superior a la propia; esto solo justifica la consiguiente tarea de determinar los límites más allá de los cuales habrá que temer la materialización de aquel peligro. *El objeto de nuestro estudio es, pues, predicción: la predicción de la incidencia de la fuerza pública por mediación de los tribunales de justicia.*[8]

Con el propósito de explicar qué quería decir por predicción y, al mismo tiempo, trazar una línea de separación entre lo legal y lo moral, introdujo el concepto del «mal hombre»:

> Si queréis conocer el Derecho y nada más, mirad el problema con los ojos del mal hombre, a quien solo le importan las consecuencias materiales que gracias a ese conocimiento puede predecir; no con los del buen hombre, que encuentra razones para su conducta –dentro o fuera del Derecho– en los mandamientos de su conciencia.[9]

Y cuando tuvo que hacer frente a la pregunta fundamental sobre qué era el Derecho, exclamó:

> Encontraréis que ciertos autores os dirán que es algo distinto de lo que deciden los tribunales de Massachusetts o de Inglaterra, que es un sistema de la razón, que es deducción a partir de principios de ética o axiomas universalmente aceptados, o cosa parecida, que puede o no coincidir con las sentencias judiciales. Pero si adoptamos el punto de vista de nuestro amigo el mal hombre, veremos que a este le importan un bledo los axiomas o deducciones, pero que en cambio le interesa saber qué es lo que en efecto han de resolver probablemente los tribunales de Massachusetts o de Inglaterra. Yo opino de manera bastante parecida. *Yo*

6. Luban, 1997: 1547-1548.
7. Zane, 1918: 337-338 («Cada acto judicial que resulta en un juicio consiste en algo puramente deductivo… El viejo silogismo, "Todos los hombres son mortales, Sócrates es un hombre, ergo él es mortal", plantea esa precisa forma de razonamiento judicial»).
8. Holmes, 1897.
9. Holmes, 1897: 459.

> *entiendo por «Derecho» las profecías acerca de lo que los tribunales harán en concreto; nada más ni nada menos.*[10]

La Teoría predictiva de Holmes, esta idea por la cual el contenido del Derecho está determinado por la conducta que previsiblemente adoptarán los jueces en un caso concreto y no por reglas abstractas predispuestas, atrajo mucho criticismo, especialmente en los años inmediatos a su fallecimiento. La mayoría de estas críticas giraron en torno a su idea de recurrir al «mal hombre» para describir al Derecho[11], además de haber habido varios intentos para determinar quién era en definitiva ese hombre malvado (¿Un cliente necesitado de asistencia legal? ¿Un extraño al sistema? ¿Un hombre autónomamente moral dispuesto a obedecer la ley pero no a que ella le diga lo que está bien o está mal?).[12] Por lo demás, su sugerencia de divorciar la ley de la moral fue ampliamente rechazada, a pesar de que algunas de sus afirmaciones contenidas en *La Senda del Derecho* pueden haber sido mal interpretadas.[13] Similares distorsiones se vislumbran entre aquellos que han leído la teoría predictiva de Holmes como algo absolutamente absurdo, al probarla desde el punto de vista de un juez y no de un litigante.[14]

Por eso mismo, comienzo este trabajo asumiendo que la Teoría predictiva del Derecho propuesta por Holmes es mejor entendida si se la estudia como concebida para los abogados practicantes, quienes según nuestro autor deben ser capaces de vaticinar lo que los tribunales harán «en concreto» para de esa forma asesorar a sus clientes en función del derecho que previsiblemente habrá de regir su caso. Como advirtiese Fisch tras poner de resalto el carácter pragmático de la premisa:

> [Holmes] claramente concibe al Derecho no desde la mirada del legislador o del juez, sino de la del abogado practicante… cuando Holmes pronunció su discurso ya era, y venía siéndolo desde hacía quince años, juez asociado de la Suprema Corte de Massachusetts. Por ende, es inconcebible que en su labor judicial haya pensado el Derecho en clave predictiva, excepto con referencia a una posible apelación de sus sentencias ante la Corte Suprema de los Estados Unidos. Los jueces simplemente no se embarcan en predecir su propia conducta.

10. Holmes, 1897: 460-461.
11. Cfr. Fuller, 1940.
12. Luban, 1997: 1561-1562.
13. Luban, 1997: 1567. Sostiene este autor que una lectura sensata del argumento de Holmes «…no es un ataque al estatus moral de los deberes legales. En su lugar, es un intento de eliminar la confusión dentro del concepto mismo de deber legal: una confusión entre leer palabras morales en textos legales en su sentido deontológico, lo que sugiere imperativos categóricos, y leerlas en su sentido legal, lo cual solamente se traduce una obligación de tipo disyuntiva».
14. Luban, 1997: 1577-1578 («"Yo entiendo por 'Derecho' las profecías acerca de lo que los tribunales harán en concreto; nada más ni nada menos" tiene cierto sentido desde el punto de vista del abogado practicante, mas no tiene sentido desde el punto de vista de un juez. Aquellos jueces desconcertados acerca del Derecho aplicable a un caso no responderán sus preguntas prediciendo su propia conducta. El problema no es que no puedan hacerlo bien, sino que no pueden hacerlo mal: cualquier respuesta será correcta… Si el Derecho consiste en las profecías de lo que los tribunales harán, pues entonces las decisiones judiciales serían profecías autocumplidas»). Ver también Leiter, 1997 y D'Amato, 2008.

> Entonces, es razonable inferir que la primera formulación de su teoría es anterior a su nombramiento como juez.[15]

En sentido similar, Green ha clarificado que «Las predicciones son relevantes, no para los jueces, sino para los ciudadanos –en especial los litigantes. Dado que el Derecho es lo que el juez decide, debemos predecir cómo un juez va a fallar a fin de determinar el contenido de aquel. Las predicciones son intentos de descubrir el Derecho, no son en sí mismas el Derecho»[16]. Esta formulación fue en respuesta a las burlas de Leiter, quien decía que «…de acuerdo a [la teoría predictiva de Holmes], el juez que se propone descubrir el "Derecho" en determinado asunto sobre el cual debe dictar sentencia, en realidad está tratando de descubrir qué es lo que él mismo hará, ¡Pues el "Derecho" es equivalente a una predicción de lo que él mismo hará!»[17].

Planteada del modo sugerido –ampliamente compartido y que entiendo es el apropiado–[18], la proposición de Holmes de que el Derecho son las «profecías acerca de lo que los tribunales harán en concreto» asume que los abogados litigantes deberían de algún modo poder predecir lo que los jueces eventualmente resolverán en casos futuros o pendientes. Ciertamente la predicción puede parecer una tarea relativamente factible y hasta sencilla si el juez asignado al caso fuese un devoto textualista llamado a interpretar mecánicamente y por su significado corriente una ley presuntamente carente de ambigüedades, de un modo semejante al magistrado modelo de la era del *Code Napoléon*.[19] Pero como intentaré demostrar en la próxima parte del trabajo, la Teoría predictiva del Derecho avanzada por Holmes fue el producto de la corriente filosófica conocida como «pragmatismo» e igualmente pragmático parece haber sido el método por él adoptado en su rol de juez para adjudicar algunos casos dudosos o, en la jerga holmesiana, "intersticiales"[20]. Y esto es lo que despierta mi inquietud.

Es que el pragmatismo judicial –tópico que desarrollaré más adelante– ha sido acusado de ser «amorfo» e «ilegítimo», dando pábulo a que «casos iguales no sean tratados del mismo modo».[21] Esto último naturalmente puede generar una grave sospecha de que semejante aproximación a la resolución de controversias judiciales es absolutamente incompatible con la idea de que los abogados puedan predecir la conducta de un juez con el objeto de desentrañar el contenido del Derecho, de modo de ser capaces de establecer de antemano qué tan bien o mal le irá a su cliente ante los tribunales: a ese «mal hombre» solo interesado en las consecuencias coercitivas de su conducta.

15. Fisch, 1942: 87.
16. Green, 2005: 1928.
17. Leiter, 1997: 270.
18. Postema, 2011: 63.
19. Cfr. Montesquieu, 1995: 116 («Mais les juges de la nation ne sont, comme nous avons dit, que la bouche qui prononce les paroles de la loi»).
20. Bader Ginsburg, 1992: 1198.
21. Posner, 2003: 97.

Si bien quienes más han estudiado a Holmes –con salvadas excepciones[22]– concluyen que no obstante su total escepticismo hacia las reglas abstractas, raramente se condujo en otros términos más que formalistas durante su carrera[23], invito a indagar qué tan compatibles son la Teoría predictiva del Derecho y el pragmatismo judicial que sin embargo parece haber seguido al escribir sus más importantes opiniones como juez asociado de la Suprema Corte. Porque si los jueces pragmatistas responden a la oscilante definición avanzada en el párrafo anterior, pues entonces difícilmente podría ser exitoso cualquier intento predictivo tendiente a descifrar el fenómeno jurídico cuando se comporten de esa manera. Y aun cuando pueda tolerarse aquello instintivamente paradojal de no tener que seguir en la práctica lo que tanto se predica desde la teoría, me atrevo a ver con ojo crítico a través de ese blindaje a los fines de descubrir si existe algo que permita conciliar el pragmatismo judicial con la teoría predictiva y así poner a esta última en una mejor luz.

## II. EL FILÓSOFO PRAGMÁTICO

Pretendo ser extremadamente conciso en esta descripción pues no quiero desviar mucho la atención en un tramo que, si bien trata de un necesario hilo conductor para el resto del trabajo, no es a fin de cuenta su tema principal. Por lo demás, cualquier elaboración acabada sobre el tópico demandaría una extensión muy superior a la que puedo brindarle aquí, ni mencionar que lo que vaya a decir no sería sino ociosa reiteración de trabajos doctrinarios envidiablemente enjundiosos publicados en los últimos ochenta años.

Hecha esa aclaración, para Wells uno de los «temas recurrentes» en los esfuerzos de la comunidad académica por entender a Holmes ha sido una incesante lucha por ubicarlo dentro de una tradición intelectual más amplia.[24]. En tal sentido, Holmes ha sido considerado una «persona difícil de clasificar». No obstante, hay quienes se han animado a caracterizarlo ya sea como un antiformalista, un positivista, un instrumentalista o, también, un utilitarista[25]. Pero por otro lado están quienes encasillan a Holmes en el marco de la tradición filosófica pragmática.[26] Y parece haber buenos argumentos para esta sugerencia.

Es que Holmes fue un prominente miembro del llamado «Club Metafísico», nombre adoptado por el aborrecimiento de sus integrantes hacia esa clase de absolutismo.[27] Se

22. Pohlman, 1991: 219. Afirmando que en el campo de la adjudicación constitucional el aparente formalismo de Holmes no fue sino un artilugio retórico, adoptando en realidad un método inductivo, empírico y comparativo basado en los hechos del caso.
23. Grey, 1995: 27.
24. Wells, 1988: 543.
25. Wells, 1988: 544-545.
26. Cfr. Wells, 1988: 543; Fisch, 1942: 87-95; Grey, 1989: 788; Kelley, 1990: 427; Posner, 2003: 1, 12, 34, 44 y 48.
27. Kellogg, 2007: 105.

trataba de un grupo de intelectuales graduados de Harvard que se reunió en Cambridge a principios de la década de 1870, entre los que se encontraban Charles Sanders Peirce, William James, Chauncey Wright y Nicholas St. John Green. Sus discusiones involucraban un amplio abanico de temas, entre ellos, el pragmatismo de Peirce y la naciente teoría predictiva de Holmes.[28]

El pragmatismo como método filosófico puede ser resumido como un modo de componer desacuerdos metafísicos que de otra forma serían interminables, mediante la apreciación de las consecuencias prácticas que resultarían si una u otra noción fuese tenida por válida.[29] Por consiguiente, los pragmatistas son escépticos que descreen en la existencia de verdades absolutas o universales, especialmente en el campo de la teoría moral.

Como señala Fisch, había importantes semejanzas entre el pragmatismo de Peirce y la Teoría predictiva del Derecho de Holmes, a punto tal que el primero llegó a afirmar que los estudios de este último eran «la única aplicación sistemática del pragmatismo jamás realizada hasta el momento».[30] Así, mientras la máxima pragmática sostiene que «…el significado de una concepción reposa en sus efectos prácticos; la teoría predictiva de Holmes vincula el significado de una concepción legal con los efectos de la conducta de los jueces al decidir casos individuales».[31]

Otra pieza central en la doctrina pragmática de Peirce era la noción por la cual la verdad era identificada con la opinión final a la que llegaba una comunidad luego de la práctica indefinida del método científico. Asombrosas semejanzas pueden hallarse entre la «comunidad de investigadores científicos» de Peirce y la «comunidad de ciudadanos» de Holmes.[32] En efecto, este parece haberse valido de la comunidad como una «fuente objetiva de estándares axiológicos».[33] Al respecto, tuvo oportunidad de referirse en *The Common Law* a la asistencia que le proveía el jurado a la hora de establecer la responsabilidad en casos de negligencia, pues este daba cuenta del sentimiento comunitario.[34]

Por último, como muchos pragmatistas de esa época, Holmes pensaba que los métodos de la ciencia proveían los principales medios legítimos para avanzar el conocimiento humano. Se ha notado que «…el respeto por la ciencia como método legal surge por todas partes en sus trabajos. Claramente creía que los jueces podían ser asistidos por

28. Wells, 1988: 545.
29. James, 1907: 43-45 («¿Existe un mundo o varios? ¿predestinado o libre? ¿material o espiritual? He aquí nociones del mundo que pueden o no ser ciertas; y las discusiones acerca de tales nociones son de no acabar. El método pragmático en tales casos consiste en tratar de interpretar cada noción rastreando sus respectivas consecuencias prácticas. ¿Qué diferencia práctica habrá si una noción en vez de otra fuese cierta? Si no se verifican diferencias prácticas, pues entonces las alternativas significan prácticamente lo mismo y cualquier discusión al respecto es estéril. Cuando una discusión es seria, debemos poder demostrar alguna diferencia práctica para determinar si una u otra parte está en lo cierto»).
30. Fisch, 1942: 87.
31. Wells, 1988: 543 y sigs.
32. Rosenblatt, 1975: 1123.
33. Wells, 1988: 583.
34. Wells, 1988: 583; Postema, 2011: 61, 76.

evaluaciones científicas acerca de los efectos de las políticas judiciales. Igual de claro es que pensaba que podía existir un estudio antropológico del Derecho y de las instituciones legales».[35] Todo ello, a pesar de que jamás explicó de qué manera el método científico aplicaba a los procesos de decisión judiciales y solo esporádicamente recurrió al conocimiento científico para resolver un caso como magistrado.

## III. EL JUEZ PRAGMÁTICO

### 1. El pragmatismo judicial

En los párrafos precedentes he plasmado mi sugerencia de que Oliver Wendell Holmes, Jr. abrazó la filosofía pragmática y que su Teoría predictiva del Derecho plasmada en *La Senda del Derecho* fue producto de aquella. Ahora es momento de definir el método de adjudicación pragmática –conocido como «pragmatismo judicial»– y vincularlo a nuestro autor.

En esa dirección, Posner afirma que parece haber existido una «talante pragmática» desde los tiempos de la *Odisea*[36], lo que dio impulso a la filosofía pragmática que luego «…se derramó al Derecho con la influencia de Holmes, John Chipman Gray, Benjamin Cardozo y los realistas jurídicos de las décadas de 1920 y 1930, como así también a otros campos científicos».[37] El inconveniente con el pragmatismo fue que, como concepción filosófica, se tornó demasiado técnica como para ser trasplantada sin más a la dimensión jurídica. Aun así, esa «talante» pudo escabullirse con algo de esfuerzo dentro del mundo de los abogados. En un artículo de doctrina publicado por Dewey en 1924, este exclamó que la profesión legal necesitaba de «una lógica relativa a las consecuencias más que con los antecedentes».[38], abriendo paso a una adecuación del pragmatismo como método de solución de controversias judiciales.[39]

A la hora de definir cierta corriente jurídica, raramente personas enroladas en ella como opuestas a sus postulados tienden a coincidir en su descripción. En el caso del pragmatismo judicial esto casi que es verdad, salvo por una pequeña pero relevante cualificación. Dworkin, quien favorecía una aproximación muy distinta –el «Derecho como integridad»[40]–, describió al juez pragmático como alguien que:

35. Wells, 1988: 562.
36. Posner, 1995: 26-27. Considera que la «talante pragmática» puede verse en la *Odisea*, donde el personaje principal, Odiseo, tiene que lidiar con su entorno en vez de imponerse a él mediante la fuerza bruta. «Él es la persona más inteligente en la *Odisea*, pero su inteligencia es enteramente práctica, adaptativa. A diferencia de Aquiles en la *Ilíada*, quien se entrega a la reflexión, en especial acerca de la ética heroica en sí misma, Odiseo es pragmático. Es un razonador instrumental antes que uno especulativo».
37. Posner, 2003: 34.
38. Dewey, 1924: 26.
39. Grey, 1996.
40. Posner, 1995: 11.

> Adopta una actitud escéptica con respecto a la suposición que consideramos personificada en el concepto del Derecho: niega que las decisiones políticas del pasado proporcionen cualquier justificación ya sea para usar o retener el poder coercitivo del Estado. Halla la justificación necesaria para la coerción en la justicia, la eficiencia o cualquier otra virtud contemporánea de la decisión coercitiva misma, como cuando la toman los jueces, y agrega que la coherencia con cualquier decisión legislativa o judicial del pasado no contribuye en principio a la justicia o la virtud de cualquier decisión actual. Cree que si los jueces se guían por este consejo, a menos que cometan grandes errores, la coerción que dirigen hará que el futuro de la comunidad sea más brillante, liberado de la mano muerta del pasado y del fetiche de la coherencia por su propio bien.[41]

Más específicamente, Dworkin aseguraba que «El pragmático piensa que los jueces siempre deberían hacer lo mejor posible para el futuro sin necesidad de respetar o asegurar una coherencia de principio con aquello que otros funcionarios han hecho o harán».[42] El exjuez Posner –un autodefinido pragmatista– está dispuesto a reconocer las apreciaciones de Dworkin, aunque dándole una vuelta de tuerca a su descripción. Él redefine el concepto de adjudicación pragmática diciendo que «…los jueces pragmatistas siempre deben hacer lo mejor posible para el futuro, *sin sentir que tienen un deber* de asegurar una coherencia de principio con aquello que otros funcionarios han hecho o harán».[43]. De acuerdo a esta variación, «El juez pragmatista tiene diferentes prioridades… quiere surgir con la mejor decisión teniendo en cuenta las necesidades tanto presentes como futuras, razón por la cual no considera a la consistencia con decisiones pasadas como un fin en sí mismo, sino simplemente como un medio para arribar al mejor resultado en el caso bajo examen».[44]

Lo esencial del método de juzgamiento pragmático es una gran preocupación por las consecuencias de la decisión. El acatamiento de autoridades legislativas o judiciales pasadas puede ser recomendable en ciertas ocasiones, pero ello no es obligatorio. En eso difiere básicamente el pragmatismo del formalismo jurídico: el primero descarta la idea de que todas las cuestiones legales puedan ser arregladas mediante la subsunción de los hechos con los conceptos contenidos en las fuentes normativas, sin preguntarse si el resultado de esa operación «realmente funciona». En su lugar, el pragmatismo judicial es prospectivo, mira hacia el futuro, lo que significa que valora la consistencia con el pasado solo en la medida en que ello colabore a resolver los problemas del presente y del futuro.[45] Por ende, según Posner, un juez bien puede selectivamente actuar bajo el ropaje del formalismo para dirimir ciertas controversias legales, si eso resulta ser la cosa más pragmática de hacer en una determinada situación. Pero lo anterior en modo

41. Dworkin, 1986: 151-152; 2012: 115.
42. Dworkin, 1986: 161.
43. Posner, 1996: 3-4.
44. Posner, 1996: 5.
45. Posner, 1995: 4.

alguno significa que con ello el juez se haya convertido en un formalista; en todo momento sigue siendo un pragmatista.[46]

Asimismo, cuando las convenciones existentes, luego de suficiente consideración, fracasasen a la hora de suministrar una solución razonable para el caso concreto en tanto llevarían a consecuencias indeseadas, el juez pragmático está dispuesto a torcer su mirada hacia fuentes no ortodoxas a fin de arribar al mejor resultado posible.[47] La «talante pragmática» y su interés por otras ciencias se torna evidente en este punto, dado que el pragmatismo judicial es empírico y está focalizado en los hechos y posibles efectos de soluciones alternativas. A la vez, observa con escepticismo las verdades universales, por lo que en rigor es falibilista[48]: confía que el método científico es un «revelador de falsedades» capaz de «reducir el área de incertidumbre humana al generar hipótesis falsificables y confrontarlas con la información».[49]

Por añadidura, un juez pragmático puede acudir al sentido común, aquello que Posner llama el «marco de referencia» aludiendo a esas creencias que son universalmente compartidas dentro de una misma cultura. Sin embargo, el pragmatista está al tanto de que ciertas proposiciones de sentido común pueden variar, incluso rápidamente, además de conocer que del hecho de que algo no pueda ser probado no significa que deba ser ignorado.[50] Lo importante es identificar cuándo un marco de referencia comienza a ser extremadamente abarcativo, máxime en una sociedad pluralista con distintas costumbres, valores y creencias.[51]

## 2. ¿Era Holmes un juez pragmatista?

Es hora de ver qué tan bien los elementos del pragmatismo judicial le calzan a Holmes, el juez. Sin duda llega a esta dimensión adjudicativa con un pesado bagaje pragmatista: básicamente, la Teoría predictiva del Derecho a la que me referí al comienzo, donde entre otras cosas aseveró que la continuidad con el pasado lejos estaba de representar un imperativo categórico («…es indignante que no pueda fundarse una regla de derecho

46. Posner, 2003: 94.
47. Posner, 1996: 6, 8-9, 11, 13-14. Ver también Posner, 2003: 77 («...el pragmatista, al no estar preocupado por mantener la autonomía conceptual y las pretensiones formalistas del Derecho, está más abierto que el pensador jurídico convencional a invasiones de otros campos del pensamiento»).
48. Posner, 2003: 8-9, 101.
49. Posner, 1996: 6.
50. Posner, 1996: 5 («Aun nuestras "verdades" más tenaces no son de aquellas susceptibles de ser demostradas, probadas, discutidas, investigadas, sino aquellas tan íntegramente ligadas a nuestro marco de referencia que ponerlas en duda nos arrojaría a un estado de desorientación desesperanzada… Que tenemos cierta edad, que tenemos un cuerpo, que ningún humano nacido en el siglo xvii está vivo hoy, que los objetos no dejan de existir cuando desaparecen del campo visual, que otra gente también tiene conciencia y que la Tierra es anterior a todos nosotros, son creencias de tal carácter»).
51. Posner, 1996: 6 («La afirmación de que todo ser humano ha tenido un padre humano excepto Jesucristo pertenece a un marco de referencia, el cristiano; la negación de esa aseveración a otro, el científico»).

en nada mejor que el hecho de haber sido establecida en tiempos de Enrique IV»).[52] Pero también su sumamente pragmática Teoría de la opción contractual[53] y su «test vomitivo» para declarar una ley inconstitucional.[54]

Sin embargo, a diferencia de lo que en el futuro harían otros jueces autoproclamados discípulos de él, Holmes jamás se definió a sí mismo como un juez adepto al pragmatismo como método de solución de controversias legales. Las inferencias acerca de su enrolamiento en tal postura surgen ya sea del análisis de algunas de sus opiniones judiciales más recordadas, o de deducciones mucho más genéricas basadas sencillamente en sus inclinaciones filosóficas. Lo cierto es que, sin contar su paso por la justicia estadual, durante sus 29 años de carrera en la Suprema Corte de los Estados Unidos escribió 890 opiniones mayoritarias y 73 disidencias.[55] De allí que no sin dificultades pueda aseverarse que este último era un pragmatista a todo trance de la lectura de solo una minúscula fracción de semejante universo de fallos.

Pero también es cierto que, de constituir eso un obstáculo insuperable, tampoco podría la doctrina de autores haberse referido a Hugo Black como un prototextualista[56], a Antonin Scalia o Clarence Thomas como un par de originalistas[57] o a William Brennan como un creyente en la «constitución viviente»[58]; salvo claro está que estos mismos en algún punto de sus vidas se hubiesen declarado abiertamente como tales. Es que no todos los casos presentan cuestiones difíciles, de aquellas que llaman a relucir los instrumentos de argumentación preferidos por los judicantes por tratarse de situaciones que los invitan a legislar «oblicuamente», como decía John Austin[59]. Una enorme porción del «*docket*» de la moderna Suprema Corte incluye –casi igual que en el pasado– soporíferos casos de interpretación estatuaria, contratos, impuestos, copyright, patentes, legitimación, jurisdicción federal o normas de procedimiento, todos asuntos

52. Holmes, 1897: 469; Grey, 1989: 807.
53. Posner, 2003: 58 («La postura tradicional era que cuando firmabas un contrato asumías una obligación legalmente exigible de realizar la prestación contractual. Pero "obligación" es algo vago y abstracto. Holmes sostenía que en un régimen en el cual la sanción por el incumplimiento contractual es simplemente el reconocimiento de daños compensatorios a la víctima, los únicos efectos prácticos de suscribir un contrato son que al hacerlo uno obtiene la opción de romperlo. Los daños que uno debe pagar por el incumplimiento son simplemente el precio de ejercer tal opción. De esta forma, Holmes definía, o mejor aún, disolvía el concepto de obligación contractual al hacer referencia a sus consecuencias prácticas»).
54. Posner, 2003: 122. El autor reconoce en cabeza de Holmes una «actitud enfáticamente pragmática de cara al control de constitucionalidad de las leyes», la que lo llevó a proponer un test muy estricto a los efectos de invalidar una norma legal por virtud de la Cláusula del Debido Proceso (Enmiendas V y XIV) y el argumento de la privación de la libertad. Este test era «que un hombre justo y racional necesariamente admitiese que la ley… efectivamente infringe principios fundamentales tal como ellos han sido entendidos por las tradiciones de nuestra gente y de nuestro Derecho». Una ley raramente tendrá inconvenientes para superar este test a menos que «enfurezca al juez».
55. Mendenhall, 2016: 1-13.
56. Gerhardt, 1994.
57. Balkin, 2011: 7, 138, 150.
58. Adams, 1991.
59. Austin, 1875: 266-267, 315.

en los que se persigue el consenso y consecuentemente arrojan resultados unánimes, sobre todo cuando además gravite la regla *stare decisis*.

Por eso, es precisamente en los casos complicados que Holmes describiría como "intersticiales"[60] donde su pragmatismo judicial se ve con toda intensidad; esto es, aquellos conflictos difíciles que no caían prolijamente ni de un lado ni de otro del precedente o la regla legal, ubicándose en las penumbras de más de un concepto jurídico y lejos del núcleo duro de cualquiera de ellos. Estos supuestos, que en el imaginario de nuestro autor podían ilustrarse como minúsculos huecos de escala "molecular" que perforaban el vasto cuerpo del Derecho[61], convocaban a legislar judicialmente dada la imposibilidad de resolverlos con apego mecánico a cualquier autoridad pasada, ejerciendo de esa forma la «prerrogativa soberana de la elección»[62] con el objetivo de esclarecer la ley.

Además, hasta la sanción de la *Judiciary Act* de 1925 –casi todo el tiempo que Holmes se sentó en el máximo tribunal– la jurisdicción de este cuerpo no era absolutamente discrecional como lo es actualmente, razón por la cual sus integrantes no tenían la posibilidad de ser tan selectivos a la hora de decidir únicamente los conflictos más espinosos, susceptibles de dividir tajantemente a la Corte. Antes bien, durante ese período regían las llamadas «*mandatory appeals*», debiendo los jueces atender un enorme volumen de bagatela jurídica sin incentivos ni margen para la creatividad, a punto tal que el porcentaje de decisiones 9-0 fue de las más altas de la historia, siempre por encima del 80%.[63]

De allí que deba tomarse con un grano de sal la conclusión de Grey respecto a que Holmes en los hechos fue más formalista que pragmatista, al decir que «…en sus decisiones sobre el *common-law* […] en general no fue un innovador, y la mayor parte de su limitado proyecto de reforma como juez no apuntó a avanzar su propia agenda sustantiva, sino a convertir al derecho en algo más objetivo y preciso, por ende en algo más predecible».[64] Ello, a pesar de citar en sustento de tal afirmación la sentencia recaída en *Baltimore & Ohio R.R.,* la cual como se verá a continuación cabe ser reputada un claro exponente de su pragmatismo judicial basado en una vaporosa noción del «sentido común», sumamente problemática en términos predictivos.

En ese singular contexto, entiendo que el análisis selectivo de un grupo de casos complejos o de alto impacto social o político puede, a pesar de todo, ser de suma utilidad en el acotado marco de este trabajo. Primero porque su influencia como elementos de muestreo ha de verse repotenciada frente al dato mencionado en los párrafos anteriores, si removemos de la escena los casos ordinarios que en ese entonces

60. Corte Sup. EE.UU., *Southern Pacific Co. v. Jensen*, 244 U.S. 205, 221 (1917) (disidencia del juez Holmes). «Reconozco sin dudarlo que los jueces de hecho legislan y que deben hacerlo, pero solo lo pueden hacer de forma intersticial; confinados a mociones moleculares».
61. Grey, 1995: 33-35.
62. Holmes, 1899: 461.
63. Sunstein, 2015: 794-796.
64. Grey, 1995: 27.

eran la mayoría. También, si obviamos los gobernados por la regla del precedente (*stare decisis*) o por cánones prefijados de interpretación estatutaria, que ya eran resorte corriente[65].

Sin embargo, lo relevante aquí es que aun cuando el método pragmático de Holmes pueda efectivamente haber sido excepcional, secundario o residual, la regla de decisión plasmada en los precedentes de interés –que por lo demás resultan ser los casos más emblemáticos– provee el nexo necesario para ingresar al estudio del pragmatismo judicial en su relación con la teoría predictiva y, más adelante, de las teorías y modelos ensayados para perfeccionar tal aproximación tornándola lo más predecible posible, favoreciendo así la coherencia del sistema.

Con tal objetivo, son seis las opiniones que la extensión y el propósito de este artículo permiten desarrollar, representando ejemplos bastante concretos de los principales atributos que caracterizan la adjudicación pragmática: el sentido común, el empirismo, el falibilismo y, por sobre todas las cosas, el consecuencialismo.

### *a. Sentido común: «Frene, mire y escuche»*

Comenzando por el primer tópico, la dependencia de Holmes en el sentido común puede apreciarse en su opinión en *Baltimore & Ohio R.R. v. Goodman (1927)*[66], litigio que involucraba un accidente en un cruce ferroviario mal señalizado. Fallando en contra de los causahabientes de la víctima, sostuvo que el tribunal de grado debió dirigir el veredicto a favor de la empresa de trenes subrogando al jurado, puesto que las circunstancias del caso eran evidentes y podían ser determinadas por el juez sin inconveniente alguno. Para eso, sostuvo:

> Cuando un hombre [que conduce un vehículo] se acerca a una vía férrea sabe que es un sitio en el cual va a ser arrollado si un tren pasa por allí antes de que logre despejar las vías. Sabe que debe detenerse para que pase el tren, no que el tren se detenga para que pase él. En tales situaciones estimamos que si el conductor [del vehículo] no puede cerciorarse si el tren está peligrosamente cerca, debe frenar y bajar del vehículo antes de intentar cruzar.[67]

Sucintamente, la llamada regla del «frene, mire y escuche» no parece surgir de ningún razonamiento jurídico realizado en abstracto. En palabras de Wells, la conclusión es meramente una «observación de sentido común por la cual es el conductor del automóvil quien debe frenar para que pase el tren y no al revés». Se advierte que Holmes no encuadró el problema en dos tramos, como lo haría un formalista: «1) ¿Qué dice la ley (o la razón o la moralidad) al respecto?; y 2) ¿Los hechos subsumen en ella?».[68] En

65. Llewellyn, 1950. En su aclamado artículo, vulgarmente conocido como «*Thrust and Counterthrust*», el autor recopila más de 28 cánones de construcción de textos legales, gran parte de ellos empleados durante el período en que Holmes se sentó en la Suprema Corte.
66. Corte Sup. EE.UU., 275 U.S. 66.
67. *Ibid.*, 69-70.
68. Wells, 1988: 572-573.

su lugar, llega a una decisión sobre la base de observaciones de sentido común que, aun cuando pudieran comprender un sinnúmero de juzgamientos fácticos y normativos, se prescinde de ellos por completo.

Tan poco ortodoxa la solución que, según Grey, «generaciones enteras de estudiantes de derecho se han maravillado» de su empleo a fin de encontrar culpa concurrente en un caso de responsabilidad civil.[69]

### *b. (Pseudo) Empirismo: «Tres generaciones de imbéciles»*

La sentencia en *Goodman* es una buena transición para ilustrar el segundo elemento que pretendo resaltar, ya que fue dictada el mismo año en que la Suprema Corte resolvió *Buck v. Bell* (1927).[70] Escribiendo para una mayoría de ocho jueces, Holmes expuso el argumento más polémico y criticable de toda su carrera judicial, al sostener la constitucionalidad de una ley del estado de Virginia que permitía la esterilización de personas con capacidades diferentes. Dijo allí:

> Más de una vez hemos visto que el bien común exige el sacrificio de las vidas de los mejores ciudadanos. Sería extraño si en virtud de aquel no se les pudiese exigir sacrificios menores a aquellos que ya de por sí minan la fuerza del Estado, muchas veces insensibles para los involucrados, a fin de evitar ser abrumados por la incompetencia. Es lo mejor para todo el mundo si, en vez de esperar a tener que ejecutar a toda una descendencia degenerada por algún crimen que cometan o dejar que se mueran de hambre dada su imbecilidad, la sociedad pueda impedir a aquellos manifiestamente inaptos a perpetuar su especie. El principio que informa y permite la vacunación obligatoria es lo suficientemente amplio como para cubrir el ligamiento de las trompas de Falopio. Tres generaciones de imbéciles es suficiente.[71]

Sin dejar de notar la autorreferencial alusión al servicio militar que hace al comienzo del párrafo –recordemos que Holmes luchó activamente en la Guerra de Secesión, habiendo sido herido en combate–, nuestro autor se apoya en lo que aparenta ser una suerte de inexplicado conocimiento científico en el campo de la eugenesia[72]. Y así, afirma que la ley del estado de Virginia no viola la Cláusula del Debido Proceso incorporada a la Enmienda XIV de la Constitución de los Estados Unidos al obligar a esterilizar a los «inaptos»[73], dado que es altamente probable que sus hijos heredarán la misma patología. También luce preocupado por las consecuencias de prohibir esto último. En su peor faceta como pragmatista, encuentra virtudes en actuar en ese momento a esperar que los descendientes de tales personas mueran por ejecución judicial o por no poder procurarse alimentos para sí mismas.

69. Grey, 1989: 845.
70. Corte Sup. EE.UU., 274 U.S. 200.
71. *Ibid.*, 207 (se han omitido las citas internas).
72. Posner, 1996: 18.
73. *Buck*, supra, 207.

Según Cohen, ya desde 1915 Holmes venía manifestándose públicamente a favor de leyes tendientes a «mejorar la calidad antes que incrementar la cantidad poblacional». Con una crueldad de lenguaje inusitada, hizo evidente su desprecio contra personas como Carrie Buck, «a quien veía como nada más que otra "imbécil" dentro de una sucesión de "imbéciles", de quien, como declaró la Corte, el país había tenido "suficiente"». Así, con cita de un único precedente recién hacia el final de su cortísima opinión, queda claro que no llegó a la conclusión basándose en razonamiento legal alguno. Antes bien, parece decidir por mera intuición informada por una corriente científica que ya estaba en franco retroceso para ese momento, motivado por un temor personal a que el mundo en el que vivía se viese «atormentado» por oleadas de sujetos «manifiestamente inútiles».[74]

### c. *Falibilismo: El origen del* rational basis review

Central a la filosofía pragmática es el reconocimiento acerca de la falibilidad inherente al conocimiento humano. Cabe recordar que Peirce había objetado el uso cartesiano de la conciencia individual como criterio último para discernir lo verdadero de lo falso, sustituyéndolo por la idea de una «comunidad de investigadores» que tras acordar comúnmente un método de investigación y ejercerlo indefinidamente en el tiempo acabaría con la incertidumbre, dado que tras sucesivos acuerdos no quedaría nadie en pie capaz de cuestionar sus conclusiones.[75]

Por su parte, Holmes creía que la ley era un vector para la promoción del bienestar general. Y a pesar de que tenía fortísimas convicciones personales, estaba seguro de que las personas bien podían disentir de buena fe, debiendo hacer prevalecer sus creencias a través de medios de los cuales emerja el sentimiento comunitario de la mayoría; y esto, en una sociedad democrática, se lograba institucionalmente a través de los procesos legislativos. Escéptico como era, no creía que nadie –ni siquiera él– podía acercarse a demostrar sin margen de duda que una determinada idea y no otra era capaz de avanzar el contento social en el largo plazo. Por defecto, el estado de la ley debía reposar en la voluntad comunitaria pensada para un determinado tiempo y espacio.[76]

Ese razonamiento personal se hizo leyenda. Reviviendo la lógica detrás de una línea jurisprudencial muy aislada conocida como los *Granger cases* de 1877, en *Lochner v. New York* (1905) Holmes plasmó una disidencia que pasaría a la historia del moderno constitucionalismo norteamericano. Allí, respondiéndole a sus colegas que con pie en la Cláusula del Debido Proceso de la Enmienda XIV y basándose en la existencia de un derecho absoluto a la libre contratación habían resuelto declarar inconstitucional una ley que fijaba horas máximas para el insalubre trabajo en panaderías, sostuvo:

74. Cohen, 2017: 266-267.
75. Note, *Holmes, Peirce and Legal Pragmatism*, 84 Yale L. J. 1123, 1130-1131 (1975).
76. Grey, 1995: 32-33, 38-39.

> Este caso se decide sobre la base de una teoría económica que gran parte del país no comparte. Si la cuestión fuere si yo estoy de acuerdo con tal teoría, desearía estudiarla largo y distendido antes de tomar una decisión. Pero no concibo que ese sea mi deber, porque estoy convencido de que mi acuerdo o desacuerdo no tiene nada que ver con el derecho de una mayoría de plasmar sus pareceres en una ley.[77]

Varios años más tarde, en *Adkins v. Children's Hospital* (1923) fue todavía más enfático al objetar la invalidación propiciada por la mayoría de una ley que establecía salarios mínimos para mujeres y niños trabajadores. Adelantándose casi quince años a enunciar el estándar de mera razonabilidad actualmente aplicable al análisis de constitucionalidad de la legislación socioeconómica –el llamado *rational basis review*–, dijo en disidencia:

> Cuando tantas personas inteligentes, que han estudiado el asunto más que cualquiera de nosotros, han pensado que los medios son eficaces y justifican el precio a pagar, me parece imposible negar que tal creencia razonablemente pudo ser mantenida por hombres razonables. Si la ley no hallase otra objeción que la de que los medios no guardan relación con el fin o que cuestan demasiado, no creo que nadie se atreva a decir que ella es mala.

Wells advierte que «Holmes no considera a la tarea de juzgar como una cuestión de aplicar su propio punto de vista o sentido del deber a los méritos del caso ante el tribunal. En su lugar, la misión del juez es considerar qué persona o institución está mejor situada para que sea su punto de vista el más tenido en cuenta a fin de adjudicar la controversia»[78]. Así las cosas, tanto en *Lochner* como en *Adkins* escogió deferir al mejor criterio de la Legislatura, reconociendo sentirse deslegitimado para censurar su actuación como una afrenta a la libertad contractual por el simple «…accidente de hallar ciertas opiniones naturales y familiares o novedosas e incluso desconcertantes» y atendiendo a que la Constitución no consagraba ninguna teoría económica en particular.[79]

Si bien hay quienes consideran que la anunciada deferencia al legislador es un claro esfuerzo a favor de la predictibilidad, cabe notar que Holmes nunca logró articular una teoría consistente respecto a qué tipos de derechos o libertades ameritaban un simple test de mera razonabilidad y cuáles demandaban un escrutinio más estricto –como en sus opiniones sobre libertad de expresión–. Esto recién ocurriría años más tarde con la Corte del segundo *New Deal*, en la celebérrima nota al pie 4 de *United States v. Carolene Products* (1938)[80], cuyos tres párrafos han servido de guía hasta el presente para poder vaticinar la actitud que el juez norteamericano tendrá frente a una ley en función de la garantía fundamental en juego o las características generalmente inmutables del individuo afectado.[81]

77. Corte Sup. EE.UU., 198 U.S. 45, 75.
78. Wells, 1988: 591.
79. *Lochner,* supra, 76.
80. Corte Sup. EE.UU., 304 U.S. 144.
81. Cfr. Ely, 1980.

### *d. Consecuencialismo: Del «Peligro claro e inminente» al «Libre mercado de ideas»*

Finalmente, la aproximación pragmática a la decisión de casos judiciales de Holmes –en lo que aquí respecta, relativa a las consecuencias de una decisión– puede verse en dos famosos fallos sobre el alcance del derecho a la libertad de expresión consagrado en la Enmienda I de la Constitución estadounidense. El primero de ellos, *Schenck v. United States* (1919)[82], involucraba un cargo criminal por conspiración en los términos de la Ley Antiespionaje contra el secretario general del Partido Socialista de Filadelfia durante la Primera Guerra Mundial. El condenado había sido acusado de distribuir unos quince mil panfletos denunciando las hostilidades y oponiéndose a la conscripción. Si bien en ellos no se llamaba al empleo de medidas ilegales como, por ejemplo, negarse a servir, el Estado argumentó que el jurado razonablemente pudo haber determinado que la intención de la propaganda había sido influenciar a aquellos en condiciones de ir a la guerra bajo la *Selective Service Act*, a no hacerlo.[83]

Al confirmar la condena, Holmes pronunció lo que algunos consideran «uno de los párrafos más reconocibles e influyentes en la historia del Derecho Constitucional»[84]:

> [E]l carácter de cada acto depende de las circunstancias en las cuales este es realizado… La más rigurosa de las protecciones a la libertad de expresión no protegería a un hombre que falsamente grita ¡fuego! en un teatro y causa pánico… El punto a determinar en cada caso es si las palabras son empleadas en tales circunstancias y son de tal naturaleza como para generar *un peligro claro e inminente* que dará lugar a los males que el Congreso tiene derecho a prevenir. Es una cuestión de grado y proximidad… Si el acto, su tendencia y su intención son la misma, no percibimos razón alguna para decir que solo su resultado exitoso justifica criminalizar la conducta.[85]

Con la nación embarcada en la Gran Guerra, Holmes no vaciló en concluir que el Congreso tenía un interés legítimo y urgente en evitar que el reclutamiento de conscriptos se viere obstruido, razón por la cual las acciones del señor Schenck no podían ser dispensadas. Porque detestaba hablar en términos absolutos en materia de principios legales, entendió que las palabras debían ser analizadas dentro del contexto en el cual fueron pronunciadas. Su significado podía variar al compás de un cambio en las circunstancias. El resultado fue la creación de un test para decidir cuándo una conducta considerada criminal y canalizada a través del poder de expresión carecía de protección constitucional: cuando ella crease un «peligro claro e inminente» capaz de dar lugar a esos «males que el Congreso tiene derecho a prevenir». «Gritar falsamente ¡fuego! en un teatro colmado causando pánico no es expresión merecedora de protección. Pero falsamente gritar ¡fuego! en un teatro vacío cambia el panorama».[86] Todo tenía que ver con las consecuencias ligadas a la proximidad del peligro.

82. Corte Sup. EE.UU., 249 U.S. 47.
83. *Ibid.*, 51.
84. Murray & Quattlebaum, 2017: 117.
85. *Schenck*, supra, 52.
86. Murray & Quattlebaum, 2017: 118.

No sin antes observar la rareza de proclamar semejante test en un caso de conspiración donde según el entendimiento tradicional bastaba para hallar responsabilidad la simple prueba del complot, Pohlman nota lo impredecible de la premisa: «El test es un deservicio para con los jueces dado que "transmite una ilusión de certitud cuando lo único certero es la compleja red de la libertad cuyos hilos deben ellos desenredar"»; y con cita a Herbert Weschler, concluye que el «peligro claro e inminente» no es sino un disfraz para la naturaleza esencialmente legislativa de la adjudicación constitucional, habiendo sido preferible una presunción general de validez o doctrina deferencial.[87]

Pocos meses después Holmes tuvo una disidencia notable en *Abrams v. United States* (1919).[88] Apoyándose en *Schenck*, la Corte confirmó la condena criminal –también en los términos de la Ley Antiespionaje– contra varios ciudadanos rusos por haber distribuido cinco mil panfletos con el fin de denunciar la interferencia de los Estados Unidos en la Revolución Rusa e intentar frustrar el envío de armas al gobierno zarista. Una de las circulares leía: «La Revolución Rusa implora: ¡Trabajadores del mundo! ¡Despierten! ¡Levántense! ¡Aplasten a su enemigo y al nuestro!»[89]. La mayoría de los jueces consideró que las circulares fomentaban el levantamiento de operarios fabriles contra el gobierno norteamericano. Holmes, a cuyo voto adhirió Louis Brandeis, no lo vio de esa forma.

En primer lugar, remarcó que la ley que se pretendía aplicar requería que la conducta fuera realizada «con intención… de frustrar o impedir la prosecución de la guerra por parte de los EE.UU.». Distinguiendo el caso de *Schenck*, creyó que «El Congreso ciertamente no puede prohibir todo esfuerzo por querer cambiar la forma de pensar del país… nadie puede suponer que la publicación subrepticia de unos tontos panfletos por parte de un desconocido, sin más, pueda presentar un peligro inmediato de que sus opiniones frustrarán el éxito de las armas del gobierno o tendrán una apreciable tendencia a lograrlo».[90] En contraste, «…los miembros del Partido Socialista condenados en *Schenck* habían dirigido sus panfletos a conscriptos, incentivándolos a rechazar la conscripción "despótica"».[91]

A continuación, escribió una definición de la Enmienda I que se convertiría en el germen de la moderna doctrina constitucional para la libertad de expresión:

> Perseguir a alguien por su opinión me parece algo perfectamente lógico. Si uno no tiene ninguna duda sobre la verdad de su opinión, no le falta poder y quiere imponer cierto resultado con todo su corazón, naturalmente hará una ley de sus deseos y acabará con toda oposición. Permitir opiniones contrarias es considerar que la expresión no tiene importancia –como cuando un hombre dice que ha conseguido la cuadratura del círculo– o que el

87. Pohlman, 1991: 214-215.
88. Corte Sup. EE.UU., 250 U.S. 616. Se ha sugerido que la influencia ejercida sobre Holmes por Harold Laski y Zechariah Chafee, Jr., los dos profesores en Harvard, pudo haber tenido algo que ver. Ambos repudiaron el voto de Holmes en *Schenck* y trataron personalmente de cambiar su parecer, lo que finalmente hizo en *Abrams*. Cfr. Bazelon, E. *Better Judgment*, The New York Times Magazine (17 de junio de 2015), https://www.nytimes.com/2015/06/21/magazine/better-judgment.html.
89. *Abrams*, supra, 620.
90. *Ibid*., 628.
91. Murray & Quattlebaum, 2017: 132.

> resultado de la discusión es irrelevante o que uno duda de sus premisas o de su poder. Pero cuando los hombres logran percibir que el paso del tiempo ha acabado con creencias muy arraigadas entonces creen, aún más de lo que creen en sus más íntimas convicciones, que *el bien último deseado se alcanza mejor a través de un libre mercado de ideas, de modo tal que triunfen en el mercado las que tengan mejor poder de convencimiento*, y que la verdad es el único cimiento para que sus deseos puedan ser llevados a cabo en forma segura.[92]

Así fue como Holmes introdujo la metáfora del «mercado de ideas» para aludir a la libertad de expresión[93], dando cuenta de una profunda creencia filosófica de índole pragmática según la cual una noción será verdadera –o como diría Posner, «tan cercana a la verdad como nos es posible llegar»– solo si ella prevalece en una situación de competencia con otras.

La disidencia en el caso *Abrams* exhibe la contracara de la fórmula de «costo-beneficio» propuesta en *Schenck*, algo que se debe a la distinta naturaleza de los hechos que dieron origen a cada una de las controversias. Holmes previó las consecuencias sistémicas que tendría en la sociedad democrática la supresión del derecho a expresarse y protestar pacíficamente en temas políticos.[94] Y por más que hubiese una alta probabilidad de que de ello derivasen actos ilícitos –lo cual creyó que no–, el libelo sedicioso debía contar con protección constitucional en la medida en que sirviese para discutir asuntos públicos y de ello no naciese en un peligro inminente.

## 3. ¿Predictibilidad o aleatoriedad?

Cada uno de los casos reseñados hasta acá exhiben distintos rasgos del método de adjudicación pragmático. Una práctica que, como ya se resaltó, en general es sumamente aleatoria y mala en términos proféticos. Los analizados no son los únicos de ese estilo; aunque tampoco los hay tantos *más. La carrera judicial de Holmes pasó sin mayores sobresaltos,* alejada de sus famosas diatribas contra el formalismo desde lo personal y lo académico.[95]

Pero ya sea que veamos tales opiniones como una acabada demostración del pragmatismo judicial subyacente en Holmes por tratarse de los *únicos* supuestos que le permitieron dar rienda suelta a sus predilecciones como juez –al tratarse de casos difíciles o "intersticiales"–; o creamos que se trata de un puñado de «*outliers*» no susceptibles de distorsionar toda una carrera judicial siguiendo a regañadientes el texto de la ley y el precedente, cualquiera de las dos alternativas nos invita seguir ahondando en su compatibilidad con la teoría y práctica de un hombre que no solo habría trabajado en pro de la predictibilidad, sino que la vinculó al concepto mismo del Derecho.

92. *Abrams*, supra, 630.
93. Cfr. Torres, 2007.
94. Cfr. Posner, 2003: 360-361.
95. Grey 1995: 27.

Podrá alegarse que cualquier falta de previsibilidad originaria como consecuencia de esa aproximación es un sacrificio necesario que quedará saneado en el futuro inmediato por gracia del *stare decisis*, paulatinamente tornando más predecible el Derecho. Con todo, tal bendición no parece haber recaído sobre los precedentes estudiados en esta parte: *Goodman* fue dejado de lado en el siguiente encuentro que tuvo la Corte con el problema de los cruces ferroviarios en *Pokora v. Wabash Railway Co.* (1934)[96], ante la más mínima variación de las circunstancias fácticas. *Buck* fue una aberración, infausto desde el mismo día en que fue firmado. Las opiniones en *Lochner* y *Adkins*, a pesar del valor que tendrían años más tarde, fueron solo disidencias. Y el test del «peligro claro e inminente» de *Schenck-Abrams*, a más de evanescente, no se consolidaría como doctrina legal para los casos de discurso incendiario sino hasta dentro de otros 50 años y bajo diverso nombre, en *Brandenburg v. Ohio* (1969)[97].

## 4. Una mejor luz

Hasta aquí he tratado de suministrar indicios acerca de la influencia en la producción académica de Holmes de la tradición filosófica-pragmática inaugurada por James y Peirce. Afirmé que la Teoría predictiva del Derecho era un derivado de esa corriente, la que sostenía que el Derecho era, en definitiva, la predicción de aquello que los jueces decidirán en los casos concretos. Tal aseveración, destinada al abogado practicante que debe asesorar a su cliente, de suyo implica la posibilidad efectiva de vaticinar con razonable margen de acierto un resultado judicial determinado.

Si bien Holmes, contra sus propias predilecciones, en general se manejó en términos formalistas durante su dilatada carrera como magistrado –siguiendo el texto claro de la ley y obedeciendo al precedente–, pude no obstante identificar una familia de opiniones suyas que nada tienen de eso. En su lugar, son altamente pragmáticas. Se apartan de los procesos intelectivos ordinarios y encuentran anclaje en fuentes poco ortodoxas o resuelven en virtud de aquello que traerá las mejores consecuencias para la comunidad, todo lo cual a falta de algún factor objetivable las torna harto impredecibles.

Como insistí más arriba, cualquiera sea la conclusión que saquemos de esto último –esto es, si debemos reputarlos evidencia de un pragmatismo real pero durmiente o

96. Corte Sup. EE.UU., 292 U.S. 98 (revocando la decisión que había aplicado *Goodman* en la inteligencia de que en el caso el accidente había tenido lugar en una ruta altamente transitada dentro de una ciudad). Notando lo casuístico de ambas decisiones, Wells critica que cualquier estudiante de derecho de primer año sabe que «…la dificultad de casos como *Goodman* y *Pokora* es cómo desempacar la recalcitrante frase "bajo estas circunstancias" […] Ni siquiera una declaración completa del juez acerca de qué hechos son relevantes y cuáles no permitiría a un segundo juez o académico desentrañar acabadamente los principios legales o morales subyacentes en la decisión» (Wells, 1988: 574).

97. Corte Sup. EE.UU., 395 U.S. 444. Bajo el nombre de «*imminent lawless action test*», lo que se requiere para que prohibir o regular discurso promoviendo conducta ilegal sea constitucional al amparo de la Primera Enmienda es que aquel se encuentre dirigido a producir de forma inminente una conducta ilegal, y que esta sea probable. Sus similitudes y diferencias con el test del «peligro claro e inminente» avanzado por Holmes es materia de discusión (Cfr. Schauer, 2019: 38).

simplemente una serie de casos aislados de corte pragmático–, yace siempre el interrogante acerca de qué tan bien congenian esa clase de despliegues jurisprudenciales con los intentos predictivos que Holmes veía tan centrales para las operaciones del Derecho. Porque un resultado negativo sería decepcionante y atentaría contra la coherencia, me aventuraré en los desarrollos avanzados por dos jueces modernos autoproclamados «pragmatistas» quienes han querido perpetuar el legado de Holmes y para ello han propuesto una serie de novedosas ideas tendientes a orientar los procesos judiciales de decisión informados por dicha corriente. Se trata de algo que, como intentaré explicar, colaborará sensiblemente a la predictibilidad poniendo a la Teoría Predictiva del Derecho en una mejor luz.

Por eso, con el objetivo de dar con algo dentro de la tradición judicial pragmática capaz de proveer plausibles indicios para que el intérprete –esto es, el abogado litigante– pueda determinar con moderadas chances de acierto cuándo la consistencia con decisiones políticas y jurisprudenciales pasadas va a ser abandonada con el fin de arribar a una mejor decisión en el presente o para el futuro, describiré los modelos propuestos por el exjuez de la Corte Federal de Apelaciones para el Séptimo Circuito y prolífero autor, Richard Posner y el actual juez asociado de la Suprema Corte de los Estados Unidos, Stephen Breyer. Porque ambos se muestran disciplinados al contar con «temas» u «objetivos», la reconciliación entre la predictibilidad y el pragmatismo judicial parece estar a la vuelta de la esquina ¿Pero será suficiente?

## IV. LOS JUECES NEO-PRAGMATISTAS Y SUS APORTES PARA LA PREDICTIBILIDAD

### 1. Posner: Pragmatismo económico

Sin duda ha sido Richard Posner quien mayor atención le ha prestado al estudio del pragmatismo en su aplicación a los procesos de decisión judiciales. Tan extensa y prolífera ha sido su producción como doctrinario que resulta relativamente fácil captar una idea general de su modelo de adjudicación. Con todo, sus trabajos abarcan muchas décadas y tienden a exhibir su cambio de parecer en ciertos tópicos. Tal vez esa sea la razón por la cual uno se topa con una teoría más estructurada y disciplinada por la mitad de su carrera, mientras que algunos artículos anteriores y posteriores se sumergen hasta el cuello en el realismo jurídico y refieren a formas de decisión casi sin ataduras. Porque me interesa determinar si el pragmatismo judicial va de la mano con la Teoría predictiva del Derecho, dejaré de lado tales trabajos muchas veces criticados[98] para enfocarme en el empleo de la teoría económica como método tendiente

98. Cfr. Rosen, 1995: 582. El juez Rosen sostiene que el pragmatismo de Posner está «basado en un rechazo a la teoría y a la exaltación de la personalidad judicial», al afirmar que «la decisión judicial precede a la articulación de una teoría», que «el instinto puede ser una guía más segura que el análisis» y que los jueces deben «aceptar el rol de los valores personales en la resolución de casos, procurando solamente que tengan anclaje

a encauzar la resolución de controversias. Ello así, pues creo que esa aproximación pone al pragmatismo judicial en un lugar mucho mejor, compatible tal vez con la teoría pronunciada por Holmes.

Posner caracteriza al pragmatismo judicial como algo práctico, instrumental, prospectivo, activista, empírico, escéptico, antidogmático y experimental.[99] Asegura que no es «un nombre elegante para la adjudicación *ad-hoc*», puesto que tiene en consideración las consecuencias sistémicas, aunque solo en circunstancias excepcionales les asignará peso decisivo. A su modo de ver las cosas, el pragmatismo judicial es prospectivo, pues reputa que la adherencia a decisiones pasadas es «…una (cualificada) necesidad más que un deber ético». Es empirista, razón por la cual se lleva bien con aquellas teorías que guían el conocimiento empírico, pero al mismo tiempo es «…hostil a la idea de emplear teorías morales o políticas abstractas para guiar la resolución de causas judiciales». Con todo, reconoce que el pragmatismo judicial acepta la existencia de «recovecos formales» dentro de su modelo, especialmente cuando la decisión involucra reglas y no principios. Pero advierte que aun cuando un juez pragmático se conduzca extrínsecamente como un positivista, este en ningún momento deja de ser pragmatista puesto que en tales circunstancias simplemente ha concluido que el formalismo resulta ser la cosa más pragmática de hacer en ciertos casos.[100]

Para un mejor entendimiento de su mirada respecto al pragmatismo judicial, Posner lo contrasta con el proyecto dworkiniano del «Derecho como integridad»:

> [Dworkin] describe al Derecho como interpretativo, compara la tarea del juez a la del escritor de una novela concatenada, requiere que las nuevas decisiones se ajusten a las anteriores, habla reverentemente del pasado viviente, niega que los jueces deban ajustar los derechos a los cambios políticos, se descompone al pensar en el Derecho como una ciencia política, no está muy interesado en los hechos ni en las ciencias sociales o naturales, insiste con que incluso los jueces tienen una obligación moral de ser fieles a sus predecesores, siendo esa adhesión a los precedentes un elemento esencial de la justicia.
>
> Un pragmatista raramente verá la función judicial de la misma forma. Pensará que es extraño suponer que un juez tiene la obligación de ajustarse a lo que otros hicieron antes que él, del mismo modo que sería insólito que un científico moderno sintiese que debe ajustarse a lo que Arquímedes y Aristóteles han hecho en el pasado. Existen razones prácticas de carácter epistemológico y político de por qué los jueces deben generalmente seguir sus precedentes y adherir a los valores inmanentes a su tradición legal, pero aquí no se trata de una obligación, razón por la cual si hay buenos motivos para romper con el pasado por el bien del presente y del futuro, el juez no debe dudar en hacerlo, al igual que como las ciencias maduras no vacilan en olvidar a sus fundadores.[101]

---

en datos empíricos». Ver también, Sutton, 2010: 859. El juez Sutton se ha sumado a los críticos de Posner que cuestionan sus conclusiones acerca de cómo la afiliación política afecta los procesos de decisión judicial.

99. Posner, 1995: 11.

100. Posner, 2003: 59-60.

101. Posner, 1995: 11.

Así plasmado, el modelo de adjudicación posneriano no luce muy diferente al empleado por Holmes en la saga de precedentes analizados en el punto III, los cuales he considerado impredecibles. Ambos comparten los mismos principios. Por eso, el modelo básico de Posner debe ahora complementarse con su propio modo instrumental de analizar el Derecho desde la teoría económica. La omnipresencia de la economía en tantas de sus áreas, como explica el autor en su monumental *Economic Analysis of Law*[102], es capaz de aportar un criterio objetivo al que el juzgador pragmático puede recurrir a fin de llegar al mejor resultado posible. Pero como él mismo observa, «Para el pragmatista, "objetivo" no significa que algo se corresponda con cómo las cosas son realmente; nadie sabe cómo son realmente las cosas. Lo que significa es que es capaz de lograr conformidad entre todos los miembros de un grupo que suscriban a principios comunes».[103]

La maximización de la riqueza, esa idea por la cual debemos tratar de promover y facilitar los mercados competitivos y estimular sus resultados en situaciones en las cuales los costos transaccionales son muy altos, puede en algunos casos ser empleada como un parámetro «…para guiar las decisiones judiciales en las cuales ni la Constitución ni las leyes disponen inequívocamente en contrario».[104] Pero no obstante que el análisis económico del Derecho «…puede ayudar a poner las cosas en su lugar aun cuando estemos lidiando con algunos de los asuntos más emocionales, políticos o tabú regulados por la ley, como por ejemplo la sexualidad», aquel no puede ser llamado a resolver todas las disputas: «La aproximación económica no puede ser todo el contenido del pragmatismo judicial». Debido a su carácter libertario, la economía es «…poco apta para gobernar áreas en las cuales valores redistributivos comandan un consenso político o moral; y porque tal aproximación solo funciona bien cuando al menos hay coincidencias en cuanto a los fines, no puede ser empleada para responder la cuestión de si, por ejemplo, el aborto debe estar prohibido, aun cuando pueda decirnos algo, tal vez mucho, acerca de la eficacia y consecuencias de su restricción».[105]

A pesar de este más acotado alcance para la aproximación económica, sus principios basados en la eficiencia al menos proveen un «tema» u «objetivo» a partir del cual el abogado practicante puede intentar predecir la decisión de un tribunal. Esto es algo que Holmes estuvo lejos de suministrar. Más aún, el objetivo económico contempla cierta estabilidad –y con ello, predictibilidad– cuando reconoce que hay razones importantes para decidir siguiendo el precedente en lugar de resolver cada caso desde cero. El *stare decisis* es un factor muy relevante para el modelo de adjudicación pragmático guiado por los principios económicos dado que «…decidir de acuerdo al precedente reduce los costos de litigar al permitirle tanto a las partes como al tribunal emplear información que ha sido generada (a veces mediando muchos gastos) en casos anteriores».[106] Consecuentemente, según Posner, mientras «…que

102. Posner, 2011.
103. Posner, 1995: 18.
104. Posner, 1995: 18, 403.
105. Posner, 1995: 404.
106. Posner, 2011: 752-754.

el juego puede ser justificado en términos económicos y pragmáticos… no puede ser jugado enteramente con ese espíritu. El juez no debe modificar las reglas y doctrinas aplicables cada vez que piense que un cambio mejorará la racionalidad substantiva de las reglas, como por ejemplo si quisiere reconciliarlas con los principios de la teoría microeconómica».[107]

Pero por más bueno que suene lo anterior en términos de predictibilidad, no debe pasarse por alto que la economía puede ser una ciencia arcana y de difícil comprensión para el ciudadano medio, los abogados o incluso los jueces. Posner reconoce esto último cuando escribe acerca de la interpretación contractual, donde tras reducir los costos transaccionales de un contrato a una engorrosa ecuación matemática (C = x +p (x) [y + z + e (x, y, z)])[108] –transmitiendo desde ya una idea de complejidad– admite que tenemos «…un sistema mixto consistente en jueces que se sienten lo suficientemente cómodos con el mundo comercial como para meterse de lleno en la interpretación pragmática de contratos y otros jueces que no lo están, y que por ello son más propensos a adoptar una aproximación formalista a la interpretación contractual». Lo anterior naturalmente se erige como un contratiempo para los intentos de acercar el pragmatismo judicial a la Teoría predictiva del Derecho de Holmes, pues como admite Posner: «[los] abogados que redactan contratos raramente sabrán qué tipo de juez encontrarán ante el evento de que surja una disputa legal acerca del significado de sus cláusulas».[109]

En definitiva, el modelo avanzado por Posner acerca el pragmatismo judicial con la teoría predictiva, en el sentido de que al menos cuenta con un «tema» u «objetivo» general –aun cuando de difícil comprensión para la cultura social media– y por razones de eficiencia le asigna mucha importancia al *stare decisis*, lo cual obviamente tiende a mejorar las chances de predecir un resultado judicial. Pero dadas sus complejidades y el hecho de que muchas controversias sumamente delicadas no puedan ser dirimidas mediante la simple remisión a las leyes del mercado, la vertiente económica para la adjudicación pragmática –si bien algo mejora el panorama– apenas satisface la necesidad de los operadores judiciales de contar con indicios fehacientes acerca de lo que los jueces harán en concreto.

## 2. Breyer: Pragmatismo democrático

El segundo trata de un modelo pensado por Stephen Breyer en su obra titulada *Active Liberty*, ideas que fueron luego replicadas en el libro *Making our Democracy Work: A Judge's view*. Al igual que Posner, Breyer reconoce que su trabajo está influido por el pensamiento de otros jueces que tilda de pragmatistas: Holmes, desde luego, pero

107. Posner, 1995: 21.
108. Posner, 2004: 1583-1584.
109. Posner, 2004: 1612.

también Louis Brandeis, Harlan Fiske Stone, Felix Frankfurter y Learned Hand.[110] De acuerdo a Sunstein, la tesis breyeriana conecta tres elementos aparentemente dispares: 1) la insistencia en que el control judicial se focalice en el autogobierno y los objetivos democráticos; 2) un énfasis en la intención legislativa a la hora de interpretar textos legales y 3) la importancia de tener en cuenta las consecuencias de toda decisión judicial.[111]

Breyer autodefine su aproximación a la interpretación constitucional y estatutaria como «pragmática», entendiendo que tal concepto «es generalmente empleado para abarcar los esfuerzos por considerar y evaluar las consecuencias»[112]. Y así expresa:

> Los modernos jueces americanos enrolados en esta tradición, al igual que los demás, emplean el lenguaje textual, la historia, el contexto, las tradiciones, el precedente, la intención legislativa y las consecuencias a la hora de interpretar propiamente un texto ambiguo. Pero cuando se enfrentan a un lenguaje de textura abierta y a una ardua cuestión interpretativa, reposan fuertemente en la intención legislativa y en las consecuencias asociadas a la decisión. Al hacer esto, los magistrados deben evitar interpretaciones que sean o muy rígidas o muy flexibles. Deben permanecer fieles al texto y "reconstruir" soluciones del pasado de manera "imaginativa" con las circunstancias del presente, al mismo tiempo que han de proyectar los fines (o valores) que inspiraron aquellas decisiones pretéritas para resolver los problemas actuales. Los jueces deben encontrar una interpretación que haga funcionar a la provisión textual para que ella alcance sus objetivos constitucionales o estatutarios básicos.[113]

En línea con el modelo posneriano, el aquí analizado cuenta también con un «tema» u «objetivo»; esto es: «…que los tribunales deben prestar más atención la naturaleza democrática de la Constitución a la hora de interpretar textos constitucionales y legales».[114] Breyer sostiene que el texto fundamental posee ciertos objetivos generales esparcidos a lo largo de sus cláusulas: básicamente –dice– el documento crea un gobierno democrático, evita la concentración de demasiado poder en pocas manos, resguarda la libertad personal e insiste con que la ley se aplique a cada individuo de igual forma. A mayor abundamiento, lee el objetivo constitucional como:

> Expandiendo la libertad activa, creando una forma de gobierno en la cual todos los ciudadanos comparten la autoridad gubernamental participando en el diseño de las políticas públicas. Tal objetivo entiende que la complejidad estructural de la Constitución es una respuesta a ciertas necesidades prácticas, tales como la delegación, la creación de políticas públicas no destructivas y la protección de las libertades individuales básicas. Y ve el imperativo democrático como algo que concilia, e incluso insiste, con el logro de estas necesidades prácticas.[115]

110. Breyer, 2005: 20.
111. Sunstein, 2006: 1719-1720.
112. Breyer, 2010: 80-81. El autor también recomienda decisiones acotadas para no interferir con el debate democrático en curso –especialmente cuando el juez padece de una carencia informacional– lo cual representa otra típica cualidad pragmatista. Ver también Breyer, 2005: 73 y Sunstein, 2006: 1724.
113. Breyer, 2010: 80-81.
114. Breyer, 2005: 5-6.
115. Breyer, 2005: 33.

De acuerdo a este autor, la focalización en esos objetivos democráticos propenderá a la moderación judicial, al ayudar a los jueces a entender y aplicar ciertos preceptos específicos de manera consistente con la voluntad popular. A la vez, sugiere que los magistrados deben también atender a las consecuencias de sus sentencias a fin de «…evaluar en qué medida han logrado facilitar resultados viables que reflejen esa voluntad».[116] Bajo tales premisas, en su obra ilustra cómo en su rol de juez asociado de la Suprema Corte ha puesto en práctica su teoría en distintas áreas del derecho constitucional, entre ellas: libertad de expresión, federalismo, privacidad y acciones afirmativas, en todos los casos con soluciones muy interesantes.

A pesar de que los objetivos democráticos incorporados a la teoría de Breyer operan en un nivel de abstracción muy alto –haciendo difícil asociar el ideal del autogobierno democrático a un concreto resultado judicial–[117], ellos de todas formas proveen un criterio más fácil de desentrañar que las complejas fórmulas de maximización de la riqueza plasmadas por Posner. Y si bien ninguna aproximación es capaz de eliminar cierta cuota de discrecionalidad, Sunstein parece creer que el modelo de Breyer es capaz de restringir la influencia que pudieran tener las preferencias personales del juez y con ello coadyuvar a los fines predictivos.[118] Es de notar que su tesis también favorece la aplicación de la regla *stare decisis*, lo cual naturalmente contribuye a las chances del abogado practicante de vaticinar un resultado y, con ello, a congeniar el pragmatismo judicial con la teoría predictiva de Holmes. Los siguientes pasajes de sus dos obras dan cuenta de las razones para su incorporación al modelo de adjudicación propiciado:

> [E]nfocarse en las consecuencias no significa que automáticamente se esté invitando a realizar cambios legales de forma dramática. Los jueces, incluidos aquellos que las toman en cuenta, son conscientes de la necesidad humana de poder hacer planes en función de la ley y de gozar de seguridad jurídica. Y por ello, comprenden que las modificaciones muy radicales y frecuentes tienden a menoscabar tan importantes necesidades. Al mismo tiempo, el imperativo personal de cada juez de ser consistente en el tiempo ayuda a contener subjetividades.[119]
>
> Dejar sin efecto un precedente de modo directo, como hizo la Corte en el caso *Brown*, es algo excepcional. De ordinario, el *stare decisis* es la regla. Los jueces de los tribunales inferiores, abogados, clientes y ciudadanos comunes, todos requieren de estabilidad legal, para así los magistrados decidir sus casos, los abogados aconsejar a sus clientes, los clientes tomar decisiones y los ciudadanos comunes comprar una casa, celebrar contratos y conducirse por sus vidas diarias sin temor a que los cambios en la ley pongan sus mundos cabeza abajo.[120]

116. Breyer, 2005: 115.
117. Sunstein, 2006: 1737.
118. Sunstein, 2006: 1740 («El juez Breyer ha demostrado un alto grado de deferencia hacia las decisiones del Poder Ejecutivo bajo la presidencia de George W. Bush –incluso más alta que con otros candidatos republicanos; nótese también que, en muchos de estos casos, el juez Breyer ha fallado a favor de resultados conservadores»).
119. Breyer, 2005: 119.
120. Breyer, 2010: 151.

Hasta aquí, la teoría de Breyer parece venir bien en términos de predictibilidad. Ella exhibe un objetivo democrático relativamente discernible y hace generoso espacio para acomodar el *stare decisis*. Sin embargo, tiene un punto flaco a la hora de interpretar leyes ambiguas, puesto que se apoya enteramente en una aproximación basada en la técnica de la «reconstrucción imaginativa» propiciada por Learned Hand.[121] Esta última ha sido criticada dados los conocidos problemas para establecer la intención de un cuerpo pluralista y por pretender comenzar cada análisis desde ese mirador antes que por el texto mismo, tornando la desambiguación en una tarea absolutamente subjetiva e impredecible.[122] Como advierte Sunstein: «…las leyes raramente vienen con un claro anuncio acerca de sus propósitos y en los casos difíciles cualquier caracterización requerirá alguna especie de juicio evaluativo por parte del tribunal… Si a los jueces se les pregunta qué es lo que haría un legislador "razonable" en determinado caso, lo más probable es que digan lo que ellos mismos harían».[123]

Para resumir, el modelo de adjudicación orientado por el objetivo democrático de la Constitución, al igual que el modelo económico de Posner son, en cierto modo, disciplinados. Ambos contienen un «tema» que debería colaborar a predecir aquello que los tribunales harán «en concreto». Pero distinto a este último, la teoría de Breyer presenta un criterio más descifrable para el abogado practicante, que asistido por un alto grado de adherencia al *stare decisis* tiene la potencialidad de reconciliar la Teoría predictiva del Derecho con el pragmatismo judicial. Aunque como mencioné anteriormente, el modelo pierde gran parte de esa disciplina cuando se introduce en el campo de la interpretación estatutaria, al inyectarle una gran dosis de subjetividad a través de la llamada técnica de la «reconstrucción imaginativa» fundada en una inusualmente explicitada intención legislativa.

## 5. CONCLUSIÓN

Ya sea que veamos los ejercicios pragmáticos de Holmes como su verdadera cara judicial tapada por la coyuntura, o no más que una fugaz excursión consagrada en una muy recordada docena de casos difíciles, cabe admitir que tal aproximación a la resolución de controversias legales, por su aleatoriedad, es sumamente problemática en términos predictivos. Por esa precisa razón, se muestra incompatible con su gran teoría de que el Derecho es aquello que los jueces harán en concreto, con la consecuente suposición de que los abogados practicantes habrán de poder predecir su conducta a fin de desentrañar el contenido de aquel y así asesorar mejor a sus clientes.

121. Breyer, 2005: 18. La técnica que Posner bautizó «reconstrucción imaginativa» y que fuere avanzada por Learned Hand a principios del siglo veinte, implica que cuando una ley guarda silencio o es ambigua, el juez debe preguntarse qué es lo que votaría la legislatura si el asunto se le hubiese presentado al momento en el cual la ley fue sancionada. Cfr. Posner, 1983: 817.
122. Cfr. Scalia, 1998: 3-48.
123. Sunstein, 2006: 1733-1734.

Los jueces Posner y Breyer han tratado, tal vez inadvertidamente, de remediar esa aparente disonancia. Los dos han presentado modelos adjudicativos con el potencial de reconciliar la teoría predictiva con el pragmatismo judicial. Mientras el primero ha reposado en las fórmulas económicas, el otro se ha inspirado en los valores democráticos contenidos en la Constitución a fin de ambos elaborar «temas» u «objetivos» medianamente discernibles para el interlocutor jurídico. Para más, los dos han recogido la regla del *stare decisis*, mejorando las chances de predicción.

Sin embargo, a pesar de tan impresionantes esfuerzos en favor de la predictibilidad, la solución de controversias legales mediante el método pragmático sigue representando el peor escenario posible para llevar adelante intentos proféticos. Para quienes tras leer estas líneas vean en Holmes un exponente del pragmatismo judicial, tal conclusión ciertamente podrá tener un dejo de ironía considerando sus antecedentes. Pero si en última instancia esa corriente es realmente irreconciliable con la profecía, lo que aquí se ha tratado es de reducir la posible antinomia con el afán de armonizar lo teórico con lo práctico. Y creo que los jueces neopragmatistas, aun con limitaciones difíciles de superar, algo han aportado a esa causa.

## 6. BIBLIOGRAFÍA


Adams, A. M., 1991: *«Justice Brennan and the Religious Clauses: The concept of a "Living Constitution"»,* 139 U. Penn L. Rev. 1319.

Austin, J., 1875: *Lectures on Jurisprudence, or the Philosophy of Positive Law*, H. Holt. & Company.

Bader Ginsburg, R., 1992: «*Speaking in a Judicial Voice*», 67 NYU L. Rev. 1185.

Balkin, J. M., 2011: *Living Originalism*, Harvard University Press.

Breyer, S., 2005: *Active Liberty: Interpreting our Democratic Constitution*, Vintage Books.

Breyer, S., 2010: *Making Our Democracy Work. A Judge's View*, Vintage Books.

Cohen, A., 2017: *Imbeciles: The Supreme Court, American Eugenics, and the Sterilization of Carrie Buck,* Penguin Books.

D'Amato, A., 2008: «*A New (and Better) Interpretation of Holmes's Prediction Theory of Law», 2 Faculty Working Papers. Paper No. 163, Northwestern University School of Law*.

Dewey, J., 1924: *«Logical Method and Law»,* 10 Cornell L. Q. 17.

Dworkin, R., 1986: *Law's Empire*, Harvard University Press.

Dworkin, R., 2012: *El Imperio de la Justicia*, Ed. Gedisa.

Ely, J., 1980: *Democracy and Distrust: A Theory of Judicial Review*, Harvard University Press.

Fisch, M., 1942, «*Justice Holmes, the Prediction Theory of Law, and Pragmatism*», 39 J. Phil. 86.

Fuller, L., 1940: *The Law in a Quest for Itself*, Foundation Press.

Gerhardt, M. J., 1994: *«A Tale of Two Textualists: A Critical Comparison of Justices Black and Scalia»*, 74 B. U. L. Rev. 25.

Gordon, R., 2000: *The Path of the Law and its influence. The legacy of Oliver Wendell Holmes, Jr.,* Cambridge University Press.

Green, M., 2005: *«Legal Realism as a Theory of Law»,* 46 Wm. & Mary L. Rev. 1915.

Grey, T. C., 1989: «*Holmes and Legal Pragmatism*», 41 Stan. L. Rev. 787.

Grey, T. C., 1995: «*Molecular Motions: The Holmesian Judge in Theory and Practice*», 37 Wm. & Mary L. Rev. 19.

Grey, T. C., 1996: «*Freestanding Legal Pragmatism*», 18 Cardozo L. Rev. 21.

Holmes, O. W., 1873: «*The Theory of Torts*», 7 Am. L. Rev. 652.

Holmes, O. W., 1897: «*The Path of the Law*», 10 Harv. L. Rev. 457.

Holmes, O. W., 1899: «*Law in Science and Science in Law*», 12 Harv. L. Rev. 443.

Holmes, O. W., 2009: *The Common Law*, Harvard University Press.

James, W., 1907: *Pragmatism*, Longmans, Green & Co.

Kelley, P., 1990: «*Was Holmes a Pragmatist? Reflections on a New Twist to an Old Argument*», 14 S. Ill. U. L. J. 427.

Kellogg, F., 2007: *Oliver Wendell Holmes, Jr., Legal Theory and Judicial Restraint*, Cambridge University Press.

Leiter, B., 1997: «*Rethinking Legal Realism: Toward a Naturalized Jurisprudence*», 76 Tex. L. Rev. 270.

Llewellyn, K., 1950: «*Remarks on the Theory of Appellate Decision and the Rules or Canons of About How Statutes are to be Construed*», 3 Vand L. Rev. 395.

Luban, D., 1997: «*The bad man and the good lawyer: A centennial essay on Holmes's The Path of the Law*», 72 NYU L. Rev. 1547.

Mendenhall, A., 2016: *Oliver Wendell Holmes Jr., Pragmatism, and the Jurisprudence of Agon: Aesthetic Dissent and the Common Law*, Bucknell University Press.

Montesquieu, 1995: *De L'Espirit des Lois*, Éd. Gallimard.

Murray A. & Quattlebaum, E. G. III, 2017: *Justice Holmes: The measure of his thought*, Talbot Publishing.

Pohlman, H. L., 1991: *Justice Oliver Wendell Holmes: Free speech and the living Constitution,* New York University Press.

Posner, R., 1983: «*Statutory Interpretation - In the Classroom and in the Courtroom*», 50 U. Chi. L. Rev. 800.

Posner, R., 1995: *Overcoming Law*, Harvard University Press.

Posner, R., 1996: «*Pragmatic Adjudication*», 18 Cardozo L. Rev. 1.

Posner, R., 2003: *Law, Pragmatism and Democracy*, Harvard University Press.

Posner, R., 2004: «*The Law and Economics of Contract interpretation*», 83 Tx. L. Rev. 1581.

Posner, R., 2011: *Economic Analysis of Law*, 8th Edition, Aspen Publishers.

Postema, G. J., 2011: «*Justice Holmes: A New Path for American Jurisprudence*» en Pattaro, E. (ed.), *A Treatise of Legal Philosophy and General Jurisprudence*, Vol. 11, Springer.

Rosen, J., 1995: «*Overcoming Posner*», 105 Yale L. J. 581.

Rosenblatt, R., 1975: «*Holmes, Peirce and Legal Pragmatism*», 84 Yale L. J. 1123.

Scalia, A., 1998: *A Matter of Interpretation. Federal Courts and the Law*, Princeton University Press.

Schauer, F., 2019: «*Every Possible Use of Language?*» en Bollinger, L. & Stone, G. R. (eds.), *The Free Speech Century*, Oxford University Press.

Sunstein, C. R., 2006: «*Justice Breyer's Democratic Pragmatism*», 115 Yale L. J. 1719.

Sunstein, C. R., 2015: «*Unanimity and Disagreement on the Supreme Court*», 100 Cornell L. Rev. 769.

Sutton, J., 2010: «*A review of Richard A. Posner, How Judges Think*», 108 Mich. L. Rev. 859.

Torres, M., 2007: *«El Mercado Libre de las Ideas, de O. W. Holmes»*, *Revista Española de Derecho Constitucional N°81, 183-208*.

Wells, C., 1988: *«Legal innovation within the wider intellectual tradition: The pragmatism of Oliver Wendell Holmes, Jr.»,* 82 Nw. L. Rev., 541.

Zane, J., 1918: *«German Legal Philosophy»*, 16 Mich. L. Rev. 288.

Doxa. Cuadernos de Filosofía del Derecho, (2020), *43*
e-ISSN: 2386-4702 | ISSN: 0214-8676

# La filosofía del Derecho de Robert Alexy como sistema*

## Robert Alexy's Philosophy of Law as System

Matthias Klatt

**Autor:**
Matthias Klatt
Karl-Franzens-Universität Graz, Austria
matthias.klatt@uni-graz.at
https://orcid.org/0000-0002-9697-9975

**Recibido:** 24-1-2020
**Aceptado:** 13-3-2020

**Citar como:**
Klatt, Matthias, (2020). La filosofía del Derecho de Robert Alexy como sistema. Doxa. Cuadernos de Filosofía del Derecho, *43*, pp. 219-252. https://doi.org/10.14198/DOXA2020.43.09

**Licencia:**
Este trabajo se publica bajo una Licencia Creative Commons Atribución 4.0 Internacional.

© Matthias Klatt

**Resumen**

Los trabajos de Robert Alexy abarcan un amplio rango de temas relevantes: la teoría de la argumentación jurídica, el concepto y la validez del derecho y la teoría de los derechos fundamentales. En este artículo, explico en detalle cómo los múltiples elementos de la teoría del derecho de Alexy se encuentran conectados de modo coherente y sistemático. Después de reseñar los tres principales trabajos monográficos de Alexy, presento tres ideas sobre las cuales se ancla su obra: la tesis del caso especial, la pretensión de corrección y la posibilidad de una argumentación jurídica racional. Enseguida, analizo las relaciones e interconexiones entre estos tres trabajos. Finalmente, abordo el sistema de Alexy como un todo, sus elementos esenciales, su enfoque y carácter. En su conjunto, el presente artículo provee nuevas perspectivas sobre la claridad y profundidad del sistema de Alexy.

**Palabras clave:** Robert Alexy; naturaleza del derecho; pretensión de corrección; fórmula de Radbruch; no-positivismo

**Abstract**

The works of Robert Alexy span across a wide range of fundamental topics: the theory of legal argumentation, the concept and the validity of the law, and the theory of constitutional rights. In this article, I explicate in detail how the various elements of Alexy's theory of law are connected coherently and systematically. After an overview of Alexy's three main works, I lay down three main overarching ideas that inspire all Alexy's work: the special case thesis, the claim to correctness, and the possibility of

* Este artículo fue originalmente publicado en inglés como «Robert Alexy's Philosophy of Law as System», en M. Klatt (ed.), *Institutionalized Reason: The Jurisprudence of Robert Alexy*, Oxford: Oxford University Press, 1-26. Traducción al castellano de Héctor A. Morales Zúñiga. El autor agradece a Héctor Morales Zúñiga por la excelente y cuidadosa traducción que aquí se ofrece. El trabajo de traducción fue impulsado y hecho posible por un borrador elaborado por Augusto Fernando Carrillo Salgado a quien, también, agradece.

rational legal argumentation. Next, I analyse the relations and interconnections between all three works. Lastly, I focus on the system of Alexy's work as a whole, its essential elements, its approach and character. On the whole, my article provides new insights into the clarity and depth of Alexy's system.

**Keywords:** Robert Alexy; nature of law; claim to correctness; Radbruch formula; non-positivism.

Se ha observado frecuentemente que la obra de Robert Alexy forma un sistema. Mattias Kumm, por ejemplo, compara la obra de Alexy con la de Dworkin y afirma que «sus trabajos exhiben un enfoque holístico o sistémico para el estudio del derecho».[1] Pavlakos, asimismo, elogia a Alexy por haber desarrollado «una filosofía sistemática que abarca la mayor parte de las áreas de la filosofía del derecho».[2] El propio Alexy, observando los vínculos entre sus principales trabajos, ha sugerido que «el resultado bien puede ser un sistema».[3]

Sin embargo, la forma en que este sistema debe explicarse no se ha abordado de manera eficaz. Esencialmente, este es el objetivo principal de la presente introducción. Por lo que respecta al concepto de «sistema», aplicaré un concepto kantiano, conforme al cual un sistema es una unidad estructurada por diversas partes ancladas en ideas generales.[4]

De acuerdo con Robert Alexy, el pensamiento jurídico-filosófico gira en torno a tres problemas: Primero: ¿Qué tipo de entidades dan forma al derecho y cómo se relacionan entre ellas? Esto conduce a los conceptos de norma y sistema normativo. Segundo: ¿Cómo debe entenderse la dimensión real del derecho? Esta pregunta es planteada por el positivismo jurídico y se refiere a la promulgación del derecho y a su eficacia social. Tercero: ¿Cómo debe entenderse la corrección o legitimidad del derecho? Este es el problema de la relación entre el derecho y la moral.[5]

Alexy combina su distinción tripartita sobre los problemas de la filosofía del derecho con cuatro tesis sobre su carácter.[6] En primer lugar, el ámbito de estudio de la filosofía del derecho tiene una naturaleza general, pues no se limita a problemas jurídicos especiales, sino que abarca e incluye problemas filosóficos generales. En segundo lugar, la filosofía del derecho tiene una naturaleza específica, en tanto se ocupa –con especial atención– de problemas jurídico-filosóficos. En tercer lugar, la filosofía del derecho se relaciona con otras ramas de la filosofía, en particular, con la moral y la filosofía política. En cuarto lugar, la filosofía del derecho solo puede tener éxito, si estas

1. Kumm, 2004: 595.
2. Pavlakos, 2013: 17. *Vid.* también García Figueroa, 2009.
3. Alexy, 2007a: 2. Recientemente, Alexy ha clarificado algunas estructuras de este sistema, *vid.* Alexy, 2009a.
4. Kant afirma: «Entiendo empero por sistema la unidad de los múltiples conocimientos bajo una idea. Este es el concepto racional de la forma de un todo, en la medida en que mediante ese concepto se determina *a priori* ante la extensión de lo múltiple, como el lugar respectivo de las partes». Kant, 2009: 713 (A833/B861).
5. *Vid.* Alexy, 2008c: 53 y s.; Alexy, 2007a: 8.
6. Alexy, 2008b: 41.

tesis son combinadas. Por lo tanto, el concepto de filosofía del derecho de Alexy es un ideal comprehensivo, que requiere que todas estas cuestiones sean unidas de modo coherente.[7] En otros términos, el concepto de filosofía del derecho de Alexy conduce necesariamente al concepto de sistema.

La idea guía del sistema de Alexy –que se encuentra en el núcleo de su teoría del derecho– es la institucionalización de la razón. La teoría descansa en la afirmación de que el derecho comprende tanto una dimensión real o fáctica como una dimensión ideal o crítica.[8] La reconciliación de estas dimensiones solo es realizable –si es posible del todo– por medio de la institucionalización de la razón.[9]

La conexión entre las dimensiones ideal y real del derecho *qua* institucionalización de la razón «comprende el postulado de un límite externo del derecho …, las ideas de los derechos humanos y constitucionales, la democracia y el control judicial de constitucionalidad, la concepción del discurso jurídico como un caso especial del discurso práctico general y la teoría de los principios».[10] La forma política de la idea guía de la institucionalización de la razón es el constitucionalismo discursivo.[11]

Procederé en tres pasos. Primero, proporcionaré una visión general de las obras principales de Alexy. Siguiendo el camino de sus tres principales monografías y sus artículos más importantes, esta panorámica reflejará los tres pilares de su trabajo. Posteriormente, identificaré las relaciones e interconexiones entre estos tres pilares. Lo anterior servirá para recolectar y analizar el material, preparando así el camino para el último paso, el cual se centrará en el sistema como un todo.

## 1. LOS PRINCIPALES TRABAJOS DE ALEXY–UNA VISIÓN GENERAL

La obra de Alexy puede ser ordenada de acuerdo a tres pilares: la teoría de argumentación jurídica, la teoría de los derechos fundamentales, y el concepto y la validez del derecho. Alexy aborda estos pilares en sus tres principales tratados.

Desde luego, estos tratados de Alexy no representan el sistema completo de su filosofía del derecho, tal como la ha desarrollado a lo largo de los años. Por un lado, su sistema está en un constante proceso de refinamiento y desarrollo. Por otro lado, los principales tratados de Alexy han sido complementados con diversos artículos publicados en revistas especializadas. En consecuencia, mi visión general de sus obras principales comenzará con las monografías, pero a veces se basará también en las posteriores modificaciones y desarrollos realizados en artículos científicos. Seguiré a Alexy cronológicamente. Por lo tanto, iniciaré el estudio con su tesis doctoral, *Teoría de la Argumentación Jurídica*, para luego avanzar a su tesis de habilitación, *Teoría*

7. *Ibid.,* 49.
8. Alexy, 2008d: 89.
9. *Vid.* Alexy, 2009a: 84.
10. Alexy, 2009b: 151.
11. *Ibid.*

*de los Derechos Fundamentales,* y concluir con *El Concepto y la Validez del Derecho*. Posteriormente, realizaré algunas observaciones sobre el papel que estos trabajos desempeñan en su integración como un sistema.

## 1.1. Teoría de la argumentación jurídica

Antes de entrar en detalles, me gustaría dar una breve descripción de la historia de la publicación y recepción de este trabajo.

### *1.1.1 Contexto de publicación*

La *Teoría de la Argumentación Jurídica*, tesis doctoral de Alexy, se publicó por primera vez en alemán en 1978.[12] Su traducción al inglés apareció once años después.[13] También se tradujo al español (1989), italiano (1998), portugués (2001 y 2005), chino (2002), lituano (2005) y coreano (2007).* Esta primera monografía refleja una tradición de pensamiento muy influyente y de gran alcance, a saber: la filosofía analítica del derecho. También forman parte de esta H.L.A. Hart, Hans Kelsen, Alf Ross y Neil MacCormick.[14] Un eje rector de esta tradición consiste en determinar si, y hasta qué punto, el razonamiento jurídico puede ser una empresa racional y objetiva.[15] ¿Pueden las proposiciones que abordan un problema jurídico estar justificadas racionalmente? De ser así, ¿cómo? Por lo tanto, los problemas de la función y relevancia de la objetividad, la lógica, la verdad y la corrección en el razonamiento jurídico tienen un papel importante en este enfoque. En aquellos días, estas preguntas estaban en boga en la filosofía del derecho de alcance internacional. La teoría de la argumentación jurídica, como área de la filosofía análitica del derecho, estuvo influenciada por los desarrollos de la teoría general de la argumentación y por el redescubrimiento del rol de la argumentación en la filosofía moral, ocupando una posición de liderazgo en la filosofía del derecho durante los años setenta y ochenta.[16]

Siguiendo una clasificación de Ulfrid Neumann, podemos distinguir tres corrientes dentro de la teoría de la argumentación jurídica: lógico-analítica, uno tópico-retórica y uno teórico-discursiva.[17] La monografía de Alexy destaca como ejemplo de esta última corriente, pero a la vez utiliza instrumentos de la corriente lógico-analítica. En la teoría alemana de la argumentación jurídica o –como era llamada en aquel

12. Alexy, 1978.
13. Alexy, 1989.
* Nota del Traductor: En el año 2015 se publicó una versión en croata.
14. *Vid.* Kaufmann, 1992: 126-129. Sobre el papel de Peczenik en esta escuela de pensamiento, *vid.* Klatt, 2009.
15. *Vid.* Herget, 1996: 14.
16. Klatt, 2007b: 521; Hilgendorf, 2005: 39-42; Neumann, 1986: 1-6.
17. Neumann, 1986: 11 y ss.

entonces– «metodología jurídica alemana», el trabajo de Alexy marcó un cambio significativo de paradigma. La metodología jurídica en la década del setenta había descubierto todas las debilidades del enfoque clásico de «interpretación como recuperación» (*interpretation as retrieval*), sin embargo, las consecuencias de aquello no fueron claras. Los académicos, en su mayoría, habían sido víctimas del indeterminismo jurídico. Estaban convencidos de que, dado que el texto de una norma no puede determinar su contenido ni su aplicación y que los prejuicios morales y políticos de los intérpretes influyen en todo el razonamiento jurídico, cualquier metodología era inútil. Así, debido a que el razonamiento jurídico no podía garantizar certeza absoluta, entonces debía ser abandonado por completo –o eso afirmaba la mayoría de los académicos.[18]

Por el contrario, Alexy, con la ayuda de instrumentos lógicos básicos, buscó demostrar que el razonamiento jurídico consiste en inferencias lógicas («justificación interna»), pero precisando que el propósito principal de la lógica en el razonamiento jurídico es revelar las premisas que demandan una justificación adicional («justificación externa»).[19] Alexy, en este sentido, subrayó tanto la importancia de la lógica como sus límites. Por primera vez fue posible separar analíticamente aquellas partes del razonamiento jurídico que derivan principalmente de enunciados autoritativos, de aquellas partes que provienen de juicios de intérpretes individuales.

Otro aspecto significativo del trabajo de Alexy fue su sistema de veintiocho reglas y formas de argumentos jurídicos que, sistemáticamente y en detalle, marcaron claramente un avance respecto de la metodología jurídica anterior.

### *1.1.2. Tres puntos principales*

Tres puntos principales de la primera monografía de Alexy deben examinarse con mayor detalle. El propio Alexy los ha señalado como los aspectos más importantes de tal trabajo. Asimismo, estos tres puntos son los más relevantes para mi proyecto de reconstrucción de su sistema.

#### 1.1.2.1. Tesis del caso especial

La tesis del caso especial de Alexy sostiene que el discurso jurídico es un caso especial del discurso práctico general.[20] Esta tesis subraya dos puntos.[21] Primero, el discurso jurídico es un caso del discurso práctico general, por ello es relacionado a cuestiones prácticas que conciernen a lo que es obligatorio, prohibido y permitido. Segundo, el discurso jurídico es un caso especial. Por eso no intenta responder preguntas prácticas

18. *Vid*. Alexy, 2003a: 327.
19. Alexy, 1997: 213 y ss.
20. *Ibid*., 206 y ss.
21. Alexy, 2007a: 2.

en un sentido absoluto o general, sino más bien dentro del marco de un sistema jurídico específico. El marco jurídico impone restricciones al discurso práctico a través de sus normas vinculantes, precedentes y doctrinas derivadas de la dogmática. Por lo tanto, el discurso jurídico es un caso especial ya que, al contrario del discurso práctico general, tiene un carácter institucional y autoritativo.

Aun así, las restricciones impuestas por el marco jurídico no son tan poderosas como para anular completamente el impacto del discurso práctico general en la argumentación jurídica. Esto se debe a la textura abierta del derecho. En ciertos casos, no es posible decidir basándose únicamente en el material autoritativo. Las intenciones del legislador pueden ser poco claras, el lenguaje de la ley puede ser vago, las normas pueden estar en conflicto y los precedentes pueden ser revocados. Por lo tanto, el razonamiento jurídico se refugia en razones derivadas del discurso práctico general.

Han surgido muchas objeciones contra la tesis del caso especial, en particular por Jürgen Habermas en *Facticidad y Validez*. Alexy ha defendido su tesis en varios artículos.[22]

#### 1.1.2.2. La pretensión de corrección

De acuerdo con Alexy, la argumentación jurídica se encuentra decisivamente influenciada por una pretensión de corrección.[23] Esto es, los razonamientos de las sentencias judiciales necesariamente pretenden ser correctos. Cualquier aserción jurídica (*legal assertion*) contiene necesariamente un compromiso discursivo –en el sentido de Robert Brandom– de que la decisión es procesal y sustantivamente correcta.[24] Este compromiso posee tres elementos.[25] El primero es la aserción jurídica. Esta, a su vez, se encuentra complementada por una exigencia de justificabilidad o fundamentabilidad. La argumentación jurídica es un juego de dar y pedir razones en el sentido de la pragmática normativa brandomiana.[26] El tercer elemento de la pretensión de corrección es la expectativa de que toda aserción jurídica será aceptada como correcta por terceros. Sin embargo, estos tres elementos no dicen nada sobre el criterio de corrección. Esta cuestión es particularmente crucial en el contexto actual. Existen dos posibilidades importantes: el criterio puede limitarse al marco normativo de un sistema jurídico o ir más allá. La respuesta a este problema se deriva de la tesis del caso especial, que establece un vínculo necesario entre el discurso jurídico y el discurso práctico general. Dado este vínculo necesario, el compromiso contraido en virtud de una aserción

22. Los detalles de este debate no son de interés para el presente trabajo. Respecto a dichas objeciones, *vid.* Habermas, 2005: 274, 276, 305 y ss.; Neumann, 1986: 84 y ss.; Neumann, 1996: 417 y s.; Kaufmann, 1989: 20 y ss.; Günther, 1993; Braun, 1988: 259. Para las réplicas de Alexy, *vid.* Alexy, 1993; Alexy, 1997: 311 y ss.; Alexy, 1999. *Vid.* también Pavlakos, 1998; Dwars, 1992.
23. Alexy, 1997: 208.
24. Alexy, 2005b: 35; Brandom, 2005: 248; Klatt, 2017: 183-185.
25. Alexy, 2005b: 35.
26. Klatt, 2017: 173-178; Brandom, 2005: 37, 96, 108.

jurídica no puede limitarse al dominio jurídico. Por lo tanto, la pretensión de corrección comprende tanto la corrección *dentro* del sistema jurídico como la corrección del *propio* sistema jurídico.[27]

#### 1.1.2.3. La defensa de la posibilidad de una argumentación jurídica racional

El tercer punto principal de la *Teoría de la Argumentación Jurídica* se refiere a la posibilidad de una argumentación jurídica racional. Asumiendo una visión optimista, Alexy suscribe esta posibilidad. Alexy rechaza que la argumentación práctica carezca de racionalidad, objetividad y corrección, anclando la correción teórico-discursiva entre los extremos de la objetividad pura y de la subjetividad pura.[28] La corrección teórico-discursiva se basa en una teoría procesal del discurso práctico, según la cual una proposición práctica es correcta si puede ser el resultado de un discurso racional. Alexy construye el concepto de discurso racional mediante un sistema de veintiocho reglas y formas de argumentos, lo cual hace posible la demostración tanto de las condiciones como de los límites de la racionalidad discursiva del derecho.[29] Las condiciones, por un lado, se explican por las formas y reglas del discurso. Ellas deben seguirse para justificar el resultado racionalmente. Por otro lado, los límites de la racionalidad en el derecho se derivan del hecho de que el discurso jurídico no conduce a una única respuesta correcta. Más bien debe distinguirse entre tres posibles resultados del discurso jurídico.[30] Basado en las reglas de este, los resultados pueden ser discursivamente necesarios, posibles o imposibles. Es decir, varias interpretaciones en conflicto podrían ser igualmente racionales al final del discurso jurídico.

### *1.1.3. Historia de la recepción*

En el *Post Scriptum* a la segunda edición, en 1991, Alexy respondió las críticas formuladas en contra de la base teórico-discursiva de su monografía.[31] De cien artículos publicados por Alexy, aproximadamente treinta están relacionados con temas de argumentación jurídica. De las veintisiete tesis doctorales dirigidas por Alexy, siete

27. Alexy, 2007a: 3. En su monografía, Alexy había respondido este problema de una forma diferente, limitando la pretensión de corrección al marco jurídico, *vid.* Alexy, 1997: 208. Este cambio se debe al hecho de que después de la publicación de su monografía, Alexy desarrolló la pretensión de corrección y la aplicó al derecho como un todo, *vid.* Alexy, 2005b.
28. Alexy, 2001c: 672.
29. Alexy, 2007a: 3 y s.
30. Klatt, 2011: 515-517; Alexy, 1997: 202.
31. Este *Post Scriptum* no es parte de la primera edición en inglés. Nota del Traductor: la versión en español contiene el *Post Scriptum* o postfacio, *vid.* Alexy, 1997: 289 y ss.

corresponden a tal ámbito. Además, la *Teoría de la Argumentación Jurídica* ha sido traducida a siete idiomas.[32]

En una entrevista con Manual Atienza, Alexy hace referencia a dos puntos débiles de su primera monografía.[33] Primero, la obra presupone un concepto de derecho no-positivista que, sin embago, no fue desarrollado completamente. En segundo lugar, la ponderación no es analizada como un método jurídico diferenciado.[34] Ambas debilidades constituyen la base de las siguientes dos monografías, siendo, en efecto, más que compensadas.

## 1.2. Teoría de los Derechos Fundamentales

La segunda monografía de Alexy, correspondiente a su tesis de habilitación, fue publicada en alemán en 1985.[35] Además, fue traducida al español primero en 1993 y después en 2007, al inglés en 2002, al coreano en 2007, al portugués en 2008 y al polaco en 2010.* El papel de los derechos fundamentales en muchos sistemas jurídicos se caracteriza por cuatro factores.[36] Primero, gozan del rango más alto en la jerarquía de normas. Segundo, su observancia es resguardada por una corte constitucional. Tercero, hacen referencia a asuntos de la mayor relevancia para las personas y la sociedad. Finalmente, exhiben una marcada textura abierta.

Es precisamente la mezcla de estos cuatro factores lo que da lugar a muchos problemas cruciales de la teoría de los derechos fundamentales. El tema central de la segunda monografía de Alexy consiste en demostrar cómo estos problemas pueden ser resueltos, por un lado, distinguiendo dos tipos de normas, a saber: reglas y principios; y, por otro lado, explicando las consecuencias que se derivan de tal distinción teórica.

### *1.2.1. Tres puntos principales*

#### 1.2.1.1. Reglas y principios

La teoría de Alexy descansa en el análisis de los derechos fundamentales como principios, los cuales –en su opinión– son significativamente diferentes de las reglas.[37] Es importante destacar que el concepto de principios de Alexy difiere del concepto

32. El reconocimiento internacional de la monografía de Alexy comenzó con un artículo en inglés que destacó su importancia, *vid.* MacCormick, 1982.
33. Alexy, 2001c: 672.
34. Sin embargo, es importante destacar que la *Teoría de la Argumentación Jurídica* ya contiene reglas de prioridad que dependen de condiciones específicas, *vid.* Alexy, 1997: 196 y ss.
35. Alexy, 1985.
* Nota del Traductor: El año 2012, una versión en italiano fue publicada.
36. *Vid.* Alexy, 2003b: 32-37.
37. Sobre el carácter crucial de esta distinción para la teoría de los derechos fundamentales, *vid.* Alexy, 2008a: 63.

convencional, el cual distingue los principios de las reglas por su nivel más general y su peso inferior.[38] En contraste con el concepto convencional, Alexy sostiene que la diferencia no es de grado sino de tipo. Mientras que las reglas son aplicables en la forma *todo-o-nada*, los principios pueden cumplirse en diversos *grados*. Los principios son mandatos de optimización que «ordenan que algo sea realizado en la mayor medida posible, dentro de las posibilidades jurídicas y reales existentes».[39]

#### 1.2.1.2. Ley de ponderación y examen de proporcionalidad

El carácter teórico-normativo de los derechos fundamentales como mandatos de optimización conduce al examen de proporcionalidad.[40] Este examen suministra una prueba teórica sólida para evaluar lo que demanda un derecho fundamental en un caso concreto. El examen de proporcionalidad de un derecho fundamental se realiza en tres pasos: un examen de idoneidad, un examen de necesidad y un examen de proporcionalidad en sentido estricto.[41] Los exámenes de idoneidad y necesidad juzgan lo que puede ser fácticamente posible. Ambos exámenes siguen la idea de «óptimo de Pareto» y tienen como objetivo evitar aquellas interferencias en derechos fundamentales que podrían ser evitadas sin costo para otros principios.[42] El tercer examen, proporcionalidad en sentido estricto, evalúa la optimización en relación a lo que es jurídicamente posible. El espacio de lo jurídicamente posible es determinado esencialmente por los principios antagónicos. Por lo tanto, el tercer examen requiere ponderar. La ponderación ha sido formulada por Alexy en su «ley de la ponderación»: «Cuanto mayor sea el grado de la falta de satisfacción o de la afectación de un principio, tanto mayor tiene que ser la importancia de la satisfacción del otro».[43] Esta doctrina arroja luz sobre el hecho de que la teoría de los principios sobre los derechos fundamentales es, en esencia, una teoría de la ponderación.[44]

#### 1.2.1.3. La estructura de la ponderación y la formula del peso

Diversos aspectos esenciales de la teoría de los derechos fundamentales han sido desarrollados y clarificados en los años subsecuentes a la publicación de la monografía,

38. *Vid.* Schauer, 1997: 911-922; Schauer, 2004: 69-72. Kumm contrasta la terminología de Alexy con diferentes sugerencias discutidas en la filosofía del derecho angloamericana, *vid.* Kumm, 2004: 576-578.
39. Alexy, 2008a: 67.
40. Entre la teoría de los principios y el examen de proporcionalidad existe una relación conceptualmente necesaria, *vid.* Alexy, 2019b: 82.
41. *Vid.* Alexy, 2006.
42. Alexy, 2007a: 5.
43. Alexy, 2008a: 138.
44. Alexy, 2007a: 5. Sobre la conexión necesaria entre los derechos fundamentales y la ponderación, *vid.* Alexy, 2008a: 95-117.

algunos por el propio Alexy y otros por académicos influidos por él. El desarrollo más significativo de la teoría es el relativo a la estructura de la ponderación. Alexy la ha elucidado en numerosos artículos,[45] así como en el *Post Scriptum* a la edición en inglés de su *Teoría de los Derechos Fundamentales.*[46] La «fórmula del peso» de Alexy yace en el centro de este nuevo análisis de la estructura de la ponderación. Esta fórmula define el peso concreto asignado a un principio que se encuentra en colisión con otro en un caso particular. Toma en cuenta los pesos abstractos de ambos principios, la intensidad de la interferencia en uno de ellos –i.e. el grado de falta de satisfacción–, así como el grado de seguridad de las premisas empíricas empleadas.[47] La fórmula del peso es un modelo matemático que emplea números, pero se basa en una escala triádica altamente intuitiva. Esta escala es la misma para valorar los pesos abstractos, las intensidades de la interferencia y los grados de seguridad. Distingue tres niveles: leve, medio y grave.

### *1.2.2. Consecuencias y principales ventajas de la teoría de los principios*

De la estructura de los derechos fundamentales analizados por Alexy se derivan una serie de consecuencias. Aquí solo se considerarán tres de ellas. Estas representan las ventajas principales de la teoría de los principios. La teoría de los principios conduce a una teoría de amplio alcance, caracteriza a la ponderación como racional e indispensable y ayuda al análisis de la relevancia, función y límites del control judicial de constitucionalidad.

#### 1.2.2.1 Alcance

Hay dos enfoques opuestos acerca del alcance de los derechos fundamentales. El primero de ellos concibe el alcance y límites de los derechos fundamentales de forma acotada. El segundo interpreta el alcance y límites de los derechos fundamentales de manera amplia.[48] La teoría de los principios de Alexy respalda firmemente la segunda postura. La «teoría del alcance acotado» sería ventajosa solo si fuera posible trazar, sin ninguna dificultad, los límites entre los casos en que los derechos fundamentales deben ser protegidos y aquellos en que tal protección debe ser denegada. Esta condición se cumpliría solo si todos los casos de aplicación de derechos fundamentales fuesen *fáciles*. Sin embargo, debido a la existencia de muchos casos *difíciles*, en los que esta línea es siempre difícilmente trazable, la ponderación es inevitable. De acuerdo con la «teoría del alcance acotado», la ponderación tiene cabida solo en caso que deba definirse el alcance de un derecho. Esta teoría enfrenta la dificultad de justificar tal alcance sin

45. Alexy, 2014; Alexy, 2006: 5-11.
46. Alexy, 2008a: 529-546.
47. Alexy, 2014: 49-61.
48. Alexy, 2008a: 281-290; Alexy, 2019b: 88 y s.

ninguna prueba. En contraste, la «teoría del alcance amplio» insiste en que cualquier argumentación en torno a derechos fundamentales debe prestar atención a argumentos rivales y, por lo tanto, requiere ponderación. Esta teoría suministra un mejor procedimiento *paso-a-paso* y evita negar *ex-ante* la posibilidad de la ponderación en cierta clase de casos.[49]

#### 1.2.2.2 La racionalidad y la necesidad de la ponderación

La racionalidad de la ponderación es un tema controvertido. De acuerdo con Rawls, por ejemplo, podría concebirse una teoría de los derechos fundamentales como principios que estuviese comprometida con una ponderación intuitiva, lo que tendría como efecto mermar la fuerza vinculante del derecho.[50] La ley de la ponderación de Alexy sitúa el tema de la racionalidad de la ponderación con mayor precisión. Esto ayuda a iluminar que la ponderación consta de tres pasos.[51] En el primero se establece el grado de la falta de satisfacción o detrimento de un principio. En el segundo paso se determina la importancia de satisfacer el principio en conflicto. Finalmente, en el tercero, se dilucida si la importancia de satisfacer el último de los principios justifica la falta de satisfacción del primero. Por lo tanto, la racionalidad de la ponderación como un todo depende de la posibilidad de hacer juicios racionales sobre las intensidades de interferencia, el grado de importancia y la relación entre ellos.

Al descomponer la ponderación en tres pasos, Alexy no solo nos permite ver con claridad lo que significa la racionalidad de la ponderación, sino que también prepara el terreno para demostrar que, en rigor, la ponderación puede ser racional. La ley de la ponderación muestra que la argumentación en torno a derechos fundamentales sigue una estructura articulada, haciendo explícitas aquellas premisas que tienen que justificarse para afirmar que el resultado de la ponderación es, a su vez, justificado. Si el contenido definitivo de los derechos fundamentales debe ser determinado del modo más racional posible, el método de la ponderación es indispensable.[52]

#### 1.2.2.3. Derechos fundamentales y control judicial de constitucionalidad

La teoría de los principios también tiene consecuencias para la dimensión institucional de los derechos fundamentales.[53] Esta dimensión concierne a la posición de las cortes constitucionales y su papel en el control del poder legislativo y de otras autoridades públicas. La competencia de una corte constitucional para controlar la legislación

49. Alexy, 2019b: 88 y s.
50. Rawls, 1995: 44-50.
51. Alexy, 2006: 5.
52. Alexy, 2007a: 5.
53. Alexy, 2006: 11.

parlamentaria es necesaria si los derechos fundamentales gozan de una prioridad sobre la legislación ordinaria. La ponderación se vincula a la dimensión metodológica del control judicial de constitucionalidad.

El problema más importante de la dimensión institucional de los derechos fundamentales consiste en justificar la competencia de las cortes constitucionales para determinar que actos del poder legislativo son inconstitucionales y declararlos consecuentemente nulos.[54] Esta justificación es decisiva y compleja, pues necesariamente exige aclarar la relación entre derechos fundamentales y democracia. Entre los argumentos presentados en contra de la teoría de los principios, una postura se refiere a esta relación. Böckenförde ha sostenido que, en la teoría de Alexy, el poder legislativo pierde toda autonomía, debido a que su función se reduce simplemente a establecer lo que ya ha sido decidido por la constitución. En el *Post Scriptum* a la edición en inglés de su *Teoría de los Derechos Fundamentales,* Alexy demuestra que esta objeción presupone la existencia de una sola respuesta correcta a cualquier problema constitucional.[55] Empero, esta posición no es asumida por la teoría de Alexy; antes bien, su postura es consistente con la discreción substantiva del poder legislativo, pues Alexy ha desarrollado un sistema completo de poder discrecional que escapa de la esfera de acción del control judicial de constitucionalidad. Luego, la teoría de los principios analiza no solo la relevancia y función de tal control, sino que también sus límites.

### 1.3. El argumento de la injusticia

La monografía de Alexy sobre el concepto y la validez del derecho fue publicado por primera vez en alemán en 1992.[56] El objetivo de esta es defender una concepción no-positivista del derecho. Su mayor logro consiste en haber suministrado claridad al debate entre positivismo y no-positivismo. Para ello, Alexy trazó las distintas posiciones recurriendo a cinco categorías, dando lugar a un complejo sistema de posturas en la teoría del derecho.

La edición en inglés, traducida por Bonnie Litschewski Paulson y Stanley L. Paulson, apareció en 2002 como *The Argument from Injustice*: *A Reply to legal Positivism*. El trabajo ha sido traducido también al español (1994 y 1997), italiano (1997), coreano (2000), sueco (2005), árabe (2006), rumano (2008), eslovaco (2009) y portugués (2009). Todavía más importante, la monografía de Alexy ha conducido a dos debates con defensores del positivismo. El primer debate, con Andrei Marmor, tuvo lugar en la IVR World Conference en Granada el año 2005.[57] El segundo, con Joseph Raz, siguió a este evento.[58] Alexy se ha basado en las críticas de Marmor y

54. *Ibid*., 12.
55. *Vid.* Alexy, 2008a: 511 y ss.
56. Alexy, 1992.
57. Alexy, 2005a.
58. Raz, 2013a; Alexy, 2013a.

Raz para desarrollar y aclarar su posición sobre el concepto y la validez del derecho.[59] Aquí presentaré la postura de Alexy en su forma elaborada.

### *1.3.1. La tesis de la conexión y la doble naturaleza del derecho*

El centro de la teoría no-positivista del derecho de Alexy es la tesis de la conexión. Por medio de ella se sostiene que hay una conexión necesaria entre la validez jurídica –i.e. corrección jurídica– y los méritos morales –i.e. corrección moral.[60] La tesis de la conexión y su negación –i.e. la tesis de la separabilidad defendida por el positivismo jurídico– están abiertas a diferentes interpretaciones. Por lo tanto, diferentes versiones de ambas tesis son posibles.[61] Alexy ha clarificado su propia postura en el área sistematizando las posibiles versiones dentro del no-positivismo. Esto contribuye al debate reciente entre positivismo jurídico incluyente y excluyente.

En particular, Alexy distingue tres maneras a través de las cuales el no-positivismo puede determinar el impacto de los defectos morales en la validez jurídica.[62] La primera posición afirma que cada defecto moral conduce a la invalidez jurídica. Por lo tanto, las normas moralmente defectuosas se encuentran excluidas del derecho. Esta posición extrema puede ser etiquetada como como «no-positivismo excluyente». La segunda posición sostiene que los defectos morales conducen a la invalidez jurídica solo en algunos casos. Un ejemplo de esta posición es la fórmula de Radbruch, de acuerdo con la cual los defectos morales conducen a la invalidez jurídica solo si ellos representan un caso de injusticia *extrema*. Esta posición puede ser denominada «no-positivismo incluyente». La teoría de Alexy refleja esta posición. La tercera posición afirma que los defectos morales nunca afectan la validez jurídica. Esta es la posición de Kant. Por una parte, Kant basa la validez del derecho positivo sobre principios no-positivistas y sostiene que los defectos del derecho son dependientes de estos. Luego, la posición de Kant es no-positivista. Sin embargo, por otra parte, Kant enfatiza la dimensión real –en oposición a la ideal– del derecho al sostener que cada norma expedida autoritativamente y socialmente eficaz es jurídicamente válida. Así, de acuerdo con Kant, la relación en el derecho y la moral no es clasificante, sino únicamente cualificante. Alexy ha etiquetado esta posición como «no-positivismo superincluyente».

Desde el punto de vista de Alexy, el no-positivismo excluyente enfatiza indebidamente la dimensión ideal del derecho, en tanto que el no-positivismo superincluyente hace lo propio con la dimensión real del derecho. Por lo tanto, ambas posiciones fallan al reconocer lo que Alexy llama la doble naturaleza del derecho. De acuerdo con la tesis de la doble naturaleza del derecho, este comprende una dimensión factual,

59. El artículo más reciente es Alexy, 2008d. Nota del Traductor: *vid.* también Alexy, 2011a; Alexy, 2011b; Alexy, 2013b; Alexy, 2015; Alexy, 2017.
60. Alexy, 2008d: 79.
61. Sobre las posibilidades básicas, *vid. ibid*.
62. *Ibid*., 81-86.

determinada por su expedición autoritativa y eficacia social, así como una dimensión ideal, definida por su corrección moral. Por lo tanto, la validez del derecho depende de hechos sociales y valores morales.[63] Únicamente la segunda posición –el no-positivismo incluyente– hace justicia a la doble naturaleza del derecho, porque no afirma que los defectos morales siempre socaven la validez jurídica ni que nunca lo hagan.

En suma, Alexy defiende una versión particular de la tesis de la conexión basada en la tesis de la doble naturaleza del derecho, la cual puede denominarse «no-positivismo jurídico incluyente».

### *1.3.2. Dos argumentos principales*

La tesis de Alexy de la doble naturaleza del derecho está basada en dos argumentos principales, los cuales se vinculan a la dimensión real e ideal respectivamente.[64] Como lo sostiene la «tesis de la dimensión real», el primer argumento establece que el derecho emplea coerción o sanciones. De la misma forma, como lo sugiere la «tesis de la dimensión ideal», el segundo argumento establece una relación necesaria entre el derecho y la moral.

#### 1.3.2.1. Coerción

De acuerdo con Alexy, la relación necesaria entre derecho y coerción se refleja en dos factores.[65] Primero, esta relación es presupuesta por el uso de nuestro lenguaje. Segundo, dicha relación es necesaria para que el derecho cumpla con su función práctica, la cual consiste en suministrar certeza y eficacia jurídica.[66]

#### 1.3.2.2. Corrección

Alexy sostiene que el argumento principal de la conexión necesaria entre el derecho y la moral y, por lo tanto, para la dimensión ideal del derecho como segundo aspecto de la

63. Alexy, 2007a: 6 y ss.
64. Sin embargo, lo más interesante es que los dos argumentos no están completamente separados el uno del otro. Por el contrario, se encuentran necesariamente relacionados, ya que la pretensión de corrección no solo sirve para establecer el vínculo sustantivo entre el derecho y la moral –como lo sostiene la tesis de la dimensión ideal–, sino que también para justificar la conexión necesaria entre el derecho y los principios de certeza y eficacia jurídica –como lo sostiene la tesis de la dimensión real. Al respecto, el argumento de la corrección es el más relevante de los dos. Por lo tanto, en el nivel más general, la tesis de la doble naturaleza del derecho está esencialmente basada en un solo argumento: el de la corrección. *Vid.* Alexy, 2008d: 91.
65. *Ibid.*
66. Sin duda, este argumento presupone una conexión necesaria entre los principios de certeza y eficacia jurídica, y el derecho. Dicha conexión se encuentra establecida por la tesis de la corrección. Por lo tanto, esta tesis no solo desempeña un papel en la dimensión ideal, sino también en la dimensión real. *Vid. ibid.*

tesis de la doble naturaleza, es la pretensión de corrección del derecho. Originalmente, Alexy había analizado la pretensión de corrección en el contexto de la argumentación jurídica, relacionándola con actos institucionales tales como las decisiones judiciales.[67] Posteriormente, Alexy ha extendido esta pretensión al derecho en general.[68] En el contexto del concepto y la validez del derecho, esta versión extendida de la pretensión de corrección es la relevante.

El punto de vista de Alexy de que el derecho necesariamente entabla una pretensión de corrección es demostrado mediante la referencia a contradicciones performativas.[69] Esta pretensión conduce a una conexión necesaria entre el derecho y la moral, pues un juez que elige una interpretación moralmente errónea del derecho positivo, habiendo una interpretación moralmente correcta, no solo estaría tomando una decisión moralmente incorrecta, sino que también legalmente incorrecta.[70]

### *1.3.3. No-positivismo incluyente y la perspectiva del participante*

Hasta ahora, al establecer una relación necesaria entre defectos morales y jurídicos, se ha demostrado una conexión cualificante entre el derecho y la moral. Sin embargo, el no-positivismo incluyente de Alexy también propone una conexión clasificante. Esto se logra recurriendo a la fórmula de Radbruch la cual niega validez jurídica a normas *extremadamente* injustas. La tesis de la conexión por sí sola no puede justificar esta fórmula, ya que solo se refiere a los defectos jurídicos y no a la validez jurídica. Por lo tanto, se necesitan razones adicionales para justificar una relación clasificante entre el derecho y la moral. Estas razones, de acuerdo con Alexy, se encuentran en los derechos fundamentales. Su protección, desde un punto de vista moral, da lugar a la necesidad de trazar la relación clasificante entre el derecho y la moral, tal como lo sostiene la fórmula de Radbruch.[71]

Con esta línea argumentativa, Alexy integra argumentos normativos al debate sobre lo que es el derecho. Tales argumentos podrían ser fácilmente aducidos en debates sobre lo que el derecho *debería* ser. No obstante, el tema en cuestión es la disputa entre positivismo y no-positivismo sobre la naturaleza del derecho. Por lo tanto, el uso de argumentos normativos sobre lo que debería ser el derecho no es claro de inmediato. Sin embargo, lo que a primera vista podría verse como un error de categoría resulta esencial para que la doble naturaleza del derecho no se entienda correctamente.[72] La doble naturaleza del derecho solo se refleja correctamente en una teoría del derecho si se toma en cuenta no solo la perspectiva del observador, sino que también la del

67. *Vid.* supra: «1.1.2.2. La pretensión de corrección».
68. Alexy, 2005b; Alexy, 2004: 41 y ss.
69. Alexy, 2004: 41-45.
70. Alexy, 2008d: 93 y ss.
71. *Ibid.*, 94; Alexy, 2004: 63.
72. Alexy, 2008d: 96.

participante. Mientras el observador pregunta cómo se adoptan las decisiones judiciales, refiriéndose de esta manera a la dimensión real del derecho, el participante pregunta cuál es la respuesta jurídica correcta, aludiendo así a la dimensión ideal del derecho. Combinando ambas perspectivas, Alexy tiene una respuesta al positivismo. Alexy integra el *deber ser* con el *ser* del derecho. Desde el nivel metodológico o filosófico, la tesis de la doble naturaleza descansa en la integración de estas dos categorías del discurso que a menudo son vistas como separadas o, incluso, como irreconciliables. Ciertamente, el positivismo entiende que estas categorías se hallan separadas.[73] Sin embargo, Alexy insiste en su integración. La integración de las categorías del ser y deber ser –piensa Alexy– provee una explicación más robusta y compleja del concepto de derecho que la proveída por el positivismo jurídico. En suma, por lo tanto, la respuesta de Alexy al positivismo jurídico es que este falla al integrar la perspectiva del participante en la teoría. Es la perspectiva del participante la que da lugar a una conexión necesaria entre lo que es y lo que debe ser el derecho.[74]

## 2. RELACIONES E INTERCONEXIONES

Entre los aspectos notables del trabajo de Alexy se encuentra el hecho de que, a pesar de la amplitud de los campos cubiertos, los pilares de su teoría permanecen vinculados estrechamente entre sí. Hablando en términos generales, cuanto más amplia es la sustancia, mayor es el riesgo de perder estos vínculos. Al analizar las relaciones e interconexiones entre los tres trabajos principales de Alexy, mostraré que su teoría no es vulnerable en este sentido.

### 2.1. El concepto de derecho y la argumentación jurídica

La relación entre la argumentación jurídica y el concepto de derecho desempeña un papel importante en la *Teoría de la Argumentación Jurídica*. De hecho, en rigor, esta relación es la base de la teoría. Esta fundamental relación puede desarrollarse atendiendo a la pretensión de corrección del derecho.

#### *2.1.1. La tesis del caso especial*

La *Teoría de la Argumentación Jurídica* se basa en la tesis del caso especial. De acuerdo con la tesis del caso especial, el discurso jurídico es un caso especial del discurso práctico

73. Raz, 2013b; Alexy y Marmor, 2005: 752 y s.
74. La tesis de la conexión se justifica además con una versión particular de la pretensión de corrección, a saber: la tesis de la injusticia extrema. *Vid.* Alexy, 2007a: 7.

general.[75] La tesis del caso especial muestra que la argumentación jurídica tiene una doble naturaleza. Esto es, por un lado, se arraiga en el lado autoritativo, institucional o real del derecho. La argumentación jurídica se establece en un contexto institucional específico y está sujeta a normas, precedentes y a la doctrina jurídica. Por lo tanto, las razones autoritativas poseen un papel especial en la argumentación jurídica. Por otra parte, la argumentación jurídica también se encuentra relacionada con el lado ideal del derecho. En los casos difíciles, en los cuales debido a la textura abierta del derecho no es proporcionada una decisión clara basada solo en el lado autoritativo, la argumentación jurídica debe incluir al discurso práctico general. La tesis del caso especial tiene como objetivo integrar estos dos aspectos del derecho en una teoría de la argumentación jurídica.[76]

El punto decisivo es este: es la combinación de estos dos lados lo que genera una conexión necesaria entre el derecho y la moral. Por lo tanto, la tesis del caso especial conduce necesariamente a una concepción no-positivista del derecho.[77] Al respecto, la tesis del caso especial representa la dimensión teórico-argumentativa –o metodológica– de la tesis de la doble naturaleza del derecho. La tesis del caso especial hace explícitas las consecuencias teórico-argumentativas de la doble naturaleza del derecho y, de ese modo, establece una conexión intrínseca entre la argumentación jurídica y el concepto de derecho.

### *2.1.2. La pretensión de corrección del derecho*

La conexión intrínseca entre la argumentación jurídica y el concepto de derecho no-positivista, como ha sido demostrada con la ayuda de la tesis del caso especial, puede analizarse más detalladamente al observarse la tesis de la pretensión de corrección. Esta tesis afirma que las normas individuales, las decisiones judiciales individualmente consideradas y el sistema jurídico en su conjunto erigen una pretensión de corrección.[78] Esta afirmación –en la forma del argumento de la corrección– desempeña un rol decisivo en el trabajo de Alexy sobre el concepto y la naturaleza del derecho.[79] Además, dado que la corrección implica justificabilidad, esta tesis también es central para la teoría de la argumentación jurídica. Por lo tanto, la pretensión de corrección se complementa necesariamente con una pretensión de justificabilidad o fundamentabilidad[80]; y la justificabilidad es el tema central de la teoría de la argumentación jurídica.

75. Alexy, 1997: 206-213.
76. Alexy, 1999: 24.
77. Alexy, 2001c: 672. *Vid.* Alexy, 2007a: 3.
78. Alexy, 2004: 41 y ss.
79. De hecho, el argumento de la corrección es la base de los otros dos argumentos principales contra el positivismo jurídico, *vid. ibid.* 41.
80. Alexy, 2005b: 35; Alexy, 2004: 82.

La pretensión de corrección genera una conexión entre el discurso jurídico y el discurso práctico general, ya que esta incluye a la corrección moral y, en consecuencia, a la argumentación moral.[81] Cuando un juez afirma que la decisión dictada es correcta sostiene, primero, que la decisión interpreta el derecho positivo correctamente y, segundo, que el derecho positivo en sí mismo es correcto desde el punto de vista de la moralidad crítica.[82] La consecuencia teórico-argumentativa de lo anterior es que la pretensión de corrección y justificabilidad no le permite al juez abstenerse de ofrecer argumentos para colmar las lagunas del derecho. Si bien los argumentos autorizados por la ley positiva puedan agotarse, la pretensión de justificabilidad persiste. Por lo tanto, el juez necesita recurrir a la argumentación práctica general.

No obstante, esta conexión teórico-argumentativa entre el derecho y la moral no conduciría a ninguna conexión teórico-conceptual entre ellos, si el positivismo jurídico estuviera en lo correcto. Es posible para un positivista estar de acuerdo en este punto con Alexy y aun negar cualquier conexión conceptual necesaria entre el derecho y la moral. Tal es el caso de Joseph Raz, quien coincide en que «los jueces están sujetos a la moral de todas formas».[83] Raz está de acuerdo, además, en que los tribunales deben aplicar argumentos provenientes de la etapa ejecutiva, con su fuerza autoritativa –consideraciones de derecho positivo– y de la etapa deliberativa, que incluye razones de carácter moral.[84] En suma, estas observaciones de Raz se encuentran perfectamente de acuerdo con la tesis del caso especial y la pretensión de corrección de Alexy. Sin embargo, Raz limita el derecho a la etapa ejecutiva, en tanto que Alexy incorpora la etapa deliberativa al concepto de derecho.

De todo esto se sigue que, si Raz tuviera razón, la pretensión de corrección no conduciría a una conexión necesaria entre la teoría de la argumentación jurídica y el concepto no-positivista de derecho. Por lo tanto, se requieren argumentos adicionales. Alexy los extrae del ejemplo mencionado anteriormente. En un caso en que los argumentos autoritativos dejan espacio a dos interpretaciones plausibles, mientras que un argumento moral individual favorece una interpretación y rechaza la otra, el juez debe seguir la interpretación favorecida por el argumento moral.[85] Por el contrario, si un juez escoge seguir la interpretación alternativa, la cual es moralmente defectuosa, esta decisión –piensa Alexy– es también una decisión jurídica, aunque defectuosa desde el punto de vista jurídico. Lo anterior se explica pues la argumentación moral se encuentra engarzada en la pretensión de corrección entablada por la decisión. Para Raz, en cambio, esta decisión, aun cuando resulte moralmente defectuosa, sería jurídicamente correcta.

Aquí, el punto no es resolver la cuestión basándose en los méritos de los argumentos ofrecidos en el debate entre Alexy y Raz. Antes bien, las observaciones sobre su

81. Alexy, 2003a: 327.
82. Alexy, 2007a: 2; Alexy, 2008d: 93 y s.
83. Raz, 2013c: 296.
84. Raz, 1995: 147 y ss.
85. Alexy, 2008d: 93 y s. El ejemplo presupone que solamente un argumento adicional se halla disponible.

disputa deberían ser suficientes para demostrar cómo –según Alexy– la pretensión de corrección –sobre los cimientos de una teoría de la argumentación– produce una conexión necesaria entre el derecho y la moral, reuniendo así al concepto de derecho con la teoría de la argumentación jurídica.[86]

## 2.2. El concepto de derecho y la teoría de los derechos fundamentales

Si bien la relación entre el concepto del derecho y la teoría de la argumentación jurídica puede ser clara, la conexión entre el concepto del derecho y la teoría de los derechos fundamentales lo es menos.[87] Sin embargo, el último vínculo es tan próximo como el primero. Acá, se considerarán cuatro aspectos de este. Los dos primeros revelan una relación de justificación mutua entre los derechos fundamentales y un concepto no-positivista de derecho. El tercer aspecto se centra en una conexión metodológica. El cuarto recurre a los derechos fundamentales para justificar una relación clasificante entre el derecho y la moral.

### *2.2.1. Los derechos fundamentales como un argumento contra el positivismo jurídico*

Alexy utiliza a los derechos fundamentales para justificar su concepto no-positivista de derecho. De acuerdo con Alexy, los derechos fundamentales son principios –i.e. mandatos de optimización– y, como tales, deben distinguirse de las reglas. Esta distinción teórico-normativa conduce a una conexión necesaria entre el derecho y la moral a través de tres tesis: la «tesis de la incorporación», la «tesis de la moral» y la «tesis de la corrección».[88] La tesis de la incorporación sostiene que todo sistema jurídico necesariamente comprende principios jurídicos. La tesis de la moral, a su vez, afirma que la incorporación de principios conduce a una conexión necesaria entre el derecho y la moral crítica. Finalmente, la tesis de la corrección establece una conexión necesaria entre el derecho y la moral correcta. Los detalles de este argumento no son de interés aquí. Es suficiente advertir que la distinción teórico-normativa entre reglas y principios se usa como base de uno de los principales argumentos contra el positivismo jurídico.

### *2.2.2. No-positivismo jurídico y justificación de los derechos fundamentales*

Las preguntas sobre la justificación de los derechos fundamentales pueden entenderse al menos de dos maneras. La primera concierne a la justificación de los derechos fundamentales en tanto parte de un sistema jurídico, es decir, si acaso son jurídicamente

86. *Vid*. Alexy, 2005b: 47; Alexy, 2007a: 2 y ss.
87. Para una perspectiva crítica, *vid.* Koch, 1988: 157, 160; Poscher, 2007: 64.
88. Alexy, 2004: 75-85.

válidos. La segunda manera es más elemental. Esta concierne a la cuestión de si los derechos fundamentales existen *per se*, es decir, independiente de cualquier sistema jurídico en particular.

De acuerdo con Alexy, el no-positivismo jurídico desempeña un papel *vis-à-vis* la segunda comprensión de la justificación. La justificación de la existencia de los derechos fundamentales *per se* –cree Alexy– requiere un discurso moral.[89] Es imposible justificar la existencia de derechos fundamentales *per se* sin emplear argumentos morales –como argumentos distintos de los meros argumentos jurídicos. Por lo tanto, los derechos fundamentales pueden entenderse como postulados morales elementales. La justificación de los derechos fundamentales *per se*, como una especie de discurso moral, establece una conexión necesaria entre el derecho y la moral.[90] Luego, en la teoría de Alexy, el no-positivismo jurídico y la teoría de los derechos fundamentales están entrelazados.

Vale la pena señalar que este vínculo no es tan cercano como para hacer que el derecho y la moral sean idénticos. Por el contrario, los derechos fundamentales a menudo impiden que las consideraciones morales desempeñen un papel demasiado importante en un sistema jurídico.[91] De este modo, la relación entre no-positivismo jurídico y derechos fundamentales tiene dos caras. Mientras las consideraciones morales son necesarias para justificar los derechos fundamentales, estos derechos evitan al mismo tiempo una invasión generalizada de la moral sobre el sistema jurídico. Precisamente este punto revela la forma en que los derechos fundamentales funcionan como una importante puerta entre el derecho y la moral y, en rigor, como un medio para equilibrar las problemáticas tensiones entre ellos.

### *2.2.3. Ponderación y pretensión de corrección*

También existe una conexión metodológica entre el concepto de derecho no-positivista de Alexy y los derechos fundamentales. Esta conexión puede ser explicada mediante la referencia al debate entre Alexy y Habermas.

Los derechos fundamentales se hacen efectivos mediante el método de la ponderación. Habermas ha objetado a Alexy que es imposible combinar en una teoría única la pretensión de corrección con el método de la ponderación, ya que la ponderación no sigue un esquema «correcto-incorrecto». Este argumento se basa en la suposición de que no hay estándares racionales para decidir si un resultado particular de la ponderación es correcto.[92]

89. Alexy, 2007b.
90. En rigor, el positivismo jurídico puede incluir principios morales como los derechos fundamentales en el sistema jurídico y aun defender la tesis de la separación (e.g. el positivismo jurídico incluyente de Jules Coleman o Matthew Kramer). Sin embargo, esta posición representa un *ajuste* al positivismo jurídico para hacerlo coincidir con la realidad de los sistemas jurídicos constitucionales modernos. Más que un simple ajuste, una teoría no-positivista es capaz de suministrar a estos sistemas jurídicos una base real. *Vid*. Alexy, 2001c: 673.
91. *Ibid*.
92. Habermas, 1995: 1531 y ss.; Habermas, 2005: 332.

Si Habermas tuviera razón, entonces, o bien el método de la ponderación o la pretensión de corrección tendrían que ser abandonados.[93] Alexy muestra en su análisis de la estructura de la ponderación que existen estándares racionales que la gobiernan. Esto prueba la posibilidad de combinar la pretensión de corrección del derecho con el método de la ponderación. No es suficiente, sin embargo, para establecer una conexión necesaria entre los dos. Por lo tanto, Alexy va un paso más allá, sosteniendo que el método de la ponderación no solo es compatible con la pretensión de corrección, sino que, de hecho, la requiere.[94]

### *2.2.4. Derechos fundamentales y la fórmula de Radbruch*

La fórmula de Radbruch, en su forma abreviada, afirma que la injusticia extrema no es derecho.[95] La fórmula desempeña un rol importante en la justificación del concepto de derecho no-positivista de Alexy. A su vez, los derechos fundamentales hacen lo propio en la justificación de tal fórmula y, por lo tanto, indirectamente, en la justificación del concepto no-positivista de derecho.

Aquí hay que distinguir dos aspectos. El primero se remonta a una objeción planteada por H. L. A. Hart, quien argumentó que la fórmula era prescindible, ya que la injusticia de la ley podía enfrentarse de formas distintas a la de revocar su carácter jurídico. Por ejemplo, un parlamento podría derogar un cuerpo normativo injusto mediante una ley retroactiva.[96] Alexy muestra que la mera posibilidad de una ley retroactiva no es suficiente para demostrar la prescindibilidad de la fórmula de Radbruch.[97] Cuando el parlamento erradamente no ejerce este poder, se requiere la fórmula de Radbruch para declarar inaplicable la ley injusta en un tribunal. El juez no puede decidir sobre la base de una ley injusta, ya que esto sería irreconciliable con la protección de los derechos fundamentales. Por lo tanto, Alexy utiliza los derechos fundamentales para demostrar la indispensabilidad de la fórmula de Radbruch –respondiendo así al argumento de Hart.

Ya se ha mencionado el segundo aspecto de la relación entre el concepto de derecho no-positivista incluyente de Alexy y los derechos fundamentales. Este se deriva del hecho de que el mensaje central de la fórmula tiene un carácter clasificante. La fórmula invalida ciertas normas, excluyéndolas del dominio del derecho. Es precisamente este carácter clasificante el que es esencial para apoyar el concepto no-positivista incluyente de derecho de Alexy. De acuerdo con Alexy, la protección de los derechos

93. *Vid.* Alexy, 2019a: 69 y ss.; Alexy, 2019c: 110 y ss.
94. Alexy, 2019a: 70.
95. *Vid.* Alexy, 2001a: 76.
96. *Vid.* Hart, 1962: 46-48.
97. Alexy, 2004: 62-64.

fundamentales da lugar a la necesidad de establecer la relación clasificante entre el derecho y la moral –tal como es defendida por la fórmula de Radbruch.[98]

## 2.3. Argumentación jurídica y derechos fundamentales

En su monografía sobre argumentación jurídica, Alexy se preocupa por la transición desde una norma jurídica a una decisión judicial. En esta obra, Alexy no analizó el concepto de norma en sí misma. Aquel fue, sin embargo, uno de los cometidos de su monografía sobre derechos fundamentales.[99] El análisis de Alexy de la estructura de los derechos fundamentales conduce naturalmente a la práctica institucional de la ponderación y, por lo tanto, de regreso a la teoría de la argumentación jurídica. Vale la pena señalar que un elemento importante de la teoría de los derechos fundamentales ya estaba contenido –al menos sustancialmente– en la *Teoría de la Argumentación Jurídica;* a saber, las reglas que prescriben qué reglas, bajo ciertas circunstancias, deben tener prioridad sobre otras.[100]

Dado que los derechos fundamentales deben interpretarse a través de argumentos jurídicos, están necesariamente vinculados con la argumentación jurídica.[101] La teoría de la argumentación jurídica de Alexy es esencialmente teórico-discursiva. En su opinión, la relación entre la teoría del discurso y los derechos fundamentales es «estrecha, profunda y compleja».[102] Se pueden distinguir tres dimensiones de esta relación: una dimensión *filosófica*, que se refiere a la justificación o fundamento de los derechos fundamentales; una dimensión *jurídica*, referida a la interpretación y aplicación de estos derechos; y una dimensión *institucional,* que alude a la institucionalización de los derechos fundamentales y al control judicial de constitucionalidad.

### *2.3.1. La dimensión filosófica: la justificación teórico-discursiva de los derechos fundamentales*

En cuanto a la dimensión filosófica, Alexy ofrece una justificación teórico-discursiva de los derechos fundamentales. Como lo sugiere Alexy, la justificación es tanto explicativa como existencial. Es explicativa en la medida que, siguiendo la filosofía trascendental de Kant, intenta hacer explícitas las condiciones necesarias, aunque implícitas, de la práctica humana.[103] Es existencial en la medida que descansa en la naturaleza discursiva de los seres humanos.[104] Las reglas del discurso de Alexy hacen explícitos los valores

98. Alexy, 2008d: 94 y s.; Alexy, 2004: 63.
99. Alexy, 2003a: 328.
100. Alexy, 1997: 196 y ss.
101. *Vid.* Alexy, 1999.
102. Alexy, 2010: 29.
103. *Ibid.,* 37 y s.
104. *Ibid.,* 38 y s.

de la libertad e igualdad. Ellas iluminan el hecho de que las prácticas discursivas –los juegos de dar y pedir razones, en la terminología de Brandom– contienen valores. Los detalles de esta discusión no son de interés aquí.[105] Más bien, es suficiente apuntar que, en la dimensión filosófica, Alexy usa la teoría del discurso para justificar los derechos básicos, estableciendo así una «conexión sustantiva intrínseca»[106] entre la teoría del discurso y los derechos fundamentales.

### *2.3.2. La dimensión jurídica: subsunción y ponderación*

La dimensión jurídica se refiere a la interpretación y aplicación de los derechos fundamentales. Aquí también encontramos una estrecha conexión entre la teoría de la argumentación jurídica de Alexy y su teoría de los derechos fundamentales.

El análisis de Alexy de los derechos fundamentales se basa en la distinción entre reglas y principios. Esta distinción es de teoría de las normas. La teoría de los principios, no obstante, tiene también un lado metodológico, el cual está intrínsecamente conectado a la teoría de las normas.[107] La ponderación presupone que las normas que se ponderan tienen la estructura de principios, y clasificar las normas como principios necesariamente invoca el método de la ponderación.

Desde una perspectiva teórico-argumentativa, se requiere la teoría de los principios para obtener una elaborada teoría de la ponderación como forma racional de argumentación.[108] Por lo tanto, la teoría de los principios es un aspecto importante del proyecto general de la teoría de la argumentación jurídica; en particular, en lo que respecta al análisis de las condiciones de la argumentación jurídica racional.

En el nivel más general, Alexy distingue dos formas de razonamiento jurídico: las reglas son aplicadas por medio de la subsunción y los principios son aplicados por medio de la ponderación. La estructura de ambas formas es diferente. Mientras que la subsunción sigue un esquema deductivo –desarrollado conforme a las reglas de la lógica–, la ponderación sigue la fórmula del peso –entendida de acuerdo con las reglas de la aritmética.[109] En lo que se refiere a la dimensión jurídica, la *Teoría de los Derechos Fundamentales* es una especie de secuela de la *Teoría de la Argumentación Jurídica*, que se enfoca en un tipo diferente de norma, los principios.

Dado que ambas formas de razonamiento jurídico están relacionadas con diferentes tipos de normas, pudiera parecer que deberían estar completamente separadas. Este no es el caso. Puede demostrarse lo anterior, asumiendo el doble carácter de las normas de derechos fundamentales.[110] Este doble carácter deriva del hecho de que, aun cuando las

105. Klatt, 2017; Alexy, 1995a.
106. Alexy, 2007a: 4.
107. Alexy, 2001b: 197.
108. Alexy, 2007a: 4 y ss.
109. *Vid.* Alexy, 2014. Para una perspectiva crítica, *vid.* Brożek, 2013: 423.
110. *Vid.* Alexy, 2019b: 85 y ss.

normas de derechos fundamentales son entendidas inicialmente como principios, estos deben ser integrados en normas de derecho constitucional que tienen la forma de reglas. La forma más general de estas reglas es: «para todos los casos en que la intervención estatal provoca que una acción protegida sea imposible y esto no se encuentra justificado, la intervención del Estado se encuentra constitucionalmente prohibida». Esta es una regla en el sentido de la distinción teórico-normativa de Alexy: si su condición es satisfecha, entonces la consecuencia jurídica debe ser aplicada. Al mismo tiempo, la ponderación está imbuida en esta regla, ya que el antecedente de la regla hipotéticamente formulada comprende el examen de proporcionalidad. Este doble carácter revela que cualquier subsunción bajo una norma de derechos fundamentales presupone la ponderación.[111] Esto cuenta como la relación más estrecha entre la argumentación jurídica y la teoría de los derechos fundamentales.

Una segunda relación más técnica se deriva del hecho de que la ponderación como tal se basa en proposiciones vinculadas al grado de interferencia, la importancia de los pesos abstractos y los grados de confiabilidad de las premisas empíricas. Estas proposiciones tienen que justificarse mediante argumentos, que en cuanto tales no son argumentos específicos de la ponderación. Más bien, todos los argumentos jurídicos pueden usarse para justificar estas proposiciones.[112] Por lo tanto, cualquier ponderación de principios requiere argumentación jurídica ordinaria –como se analiza en la teoría de la argumentación jurídica de Alexy. «La ley de la ponderación dice qué es lo que tiene que fundamentarse racionalmente».[113] De nuevo: el discurso resulta ser la base de la aplicación de los derechos fundamentales, estableciendo así una conexión necesaria entre la teoría de la argumentación jurídica y la teoría de los derechos fundamentales.[114]

### *2.3.3. La dimensión institucional: democracia discursiva y control judicial de constitucionalidad*

La dimensión institucional se refiere a la institucionalización de los derechos fundamentales en un sistema jurídico específico. Aquí, la teoría del discurso requiere una forma organizativa específica de la democracia que podría etiquetarse «democracia discursiva».[115] Los valores de libertad e igualdad son fundamentales para la teoría del discurso y tienen que ser incorporados en un sistema jurídico, si se pretende que la argumentación jurídica sea lo más racional posible. En segundo lugar, para evitar –tanto

111. *Ibid.*, 86.
112. *Ibid.*, 89 y s.
113. Alexy, 2008a: 144.
114. Alexy, 2007a: 6. *Vid.*: «El modelo de la ponderación, basado en la teoría de los principios … [vincula] la estructura formal de la ponderación a una teoría de la argumentación jurídica, que incluye una teoría de la argumentación práctica general». Alexy, 2008a: 146. *Vid.* también: «la Fórmula de Subsunción y la Fórmula de Peso tienen el mismo soporte, en tanto que los juicios permanecen en ambos casos iguales». Alexy, 2014: 60.
115. Alexy, 2010: 40.

como sea posible– violaciones de los derechos fundamentales, la teoría del discurso requiere la institucionalización del control judicial de constitucionalidad, lo cual en sí mismo debe tener un carácter discursivo.[116] Alexy elabora este aspecto en el último acápite de su *Teoría de los Derechos Fundamentales*.[117] La argumentación en base a derechos fundamentales está determinada en cierta medida por las reglas y formas del discurso. Aun así, persiste una significativa brecha de racionalidad. Esto lleva a la necesidad de tomar decisiones autoritativas sobre derechos fundamentales y, por lo tanto, a la necesidad de institucionalizar alguna forma de corte constitucional. Alexy va un paso más allá al proponer –en general– que «solo dentro del marco de un sistema jurídico, la razón práctica que vincula la argumentación y la decisión de manera racional, puede lograr su realización».[118] Los detalles de este argumento no se considerarán aquí. Únicamente es importante señalar que la teoría del discurso juega un papel en la institucionalización de los derechos fundamentales y del control judicial de constitucionalidad.

## 3. EL SISTEMA COMO UN TODO

Para construir el sistema de la filosofía del derecho de Alexy como un todo, primero analizaré algunos elementos clave y su relevancia para el sistema en su conjunto. En segundo lugar, reflexionaré brevemente sobre algunas formas de caracterizar el sistema y el enfoque general de Alexy.

### 3.1. Elementos clave

El intento de identificar elementos clave de un sistema presupone un concepto claro de «elemento clave». Consideraré como elementos clave en el sistema de Alexy precisamente aquellos elementos que han tenido un efecto decisivo en los tres pilares mencionados en este trabajo. Los elementos clave deberán articular una base general desde la cual los detalles de los tres pilares pueden ser explicados.

Los candidatos a elementos clave del sistema de Alexy son seis: la idea de racionalidad discursiva en el derecho, la tesis del caso especial, la tesis de la corrección, la tesis de los principios, la tesis de la injusticia extrema y la tesis de la doble naturaleza. Es posible reducir aún más esta lista, ya que la tesis del caso especial y la tesis de la corrección pueden estimarse como complementos de la tesis del discurso, mientras que la tesis de la injusticia extrema puede entenderse como un complemento de la tesis de la doble naturaleza. Por lo tanto, en el nivel más general, nuestra lista contiene tres elementos clave: la tesis del discurso, la tesis de los principios y la tesis de la doble naturaleza. No sorprende que estos tres elementos se originen en los tres pilares de la filosofía del

116. *Ibid.*.
117. Alexy, 2008a: 508 y s.; *vid.* Alexy, 2006: 15-18.
118. Alexy, 2008a: 509.

derecho de Alexy. La cuestión de una categorización adecuada no se considerará más aquí. Más bien, mi punto principal es que los tres elementos juegan un papel decisivo en los tres pilares por igual. A continuación, demostraré esto con respecto a cada uno de los tres elementos clave.

### *3.1.1. La tesis de la doble naturaleza y su relevancia para el sistema*

La tesis de la doble naturaleza combina una dimensión institucional, autoritativa o real del derecho con una dimensión crítica o ideal. Se origina en el pilar vinculado al concepto y a la naturaleza del derecho. Es la expresión crucial de la tesis de la conexión en el no-positivismo incluyente. Sin embargo, la tesis de la doble naturaleza también tiene consecuencias para los otros dos pilares. Alexy aplica esta tesis al derecho en general, pero también a la argumentación jurídica en particular. Como este indica, la argumentación jurídica tiene una doble cara.[119] Por un lado, está conectada con el carácter institucional, autoritativo o real del derecho, pues el razonamiento jurídico *per se* tiene lugar en un entorno institucional que genera decisiones judiciales que se hacen cumplir, cuando es necesario, por el poder. Por otro lado, la argumentación jurídica está relacionada con el carácter ideal del derecho. Esto puede advertirse por el hecho de que la argumentación jurídica implica al razonamiento moral, lo cual no es sino la tesis de la doble naturaleza en su dimensión teórico-argumentativa, que se expresa claramente en la tesis teórico-discursiva del caso especial. Esta última tesis, en palabras de Alexy, es el intento de llegar a una teoría adecuada de la argumentación jurídica que cubra ambas dimensiones de la tesis de la doble naturaleza.[120]

La relación entre la teoría del discurso y la tesis de la doble naturaleza también se puede demostrar de una manera diferente. La teoría del discurso analiza las condiciones de la argumentación jurídica racional mediante veintiocho reglas y formas de discurso. Sin embargo, también nos permite ver los límites de la racionalidad en el derecho, ya que estas reglas y formas no siempre conducen a una única respuesta correcta. Por el contrario, en muchos casos, dejan abierto un ámbito de decisiones meramente posibles (en términos discursivos) –generalmente, decisiones en conflicto. Este ámbito de desacuerdo discursivamente posible, y por lo tanto racional, nos obliga a introducir reglas jurídicas positivas –i.e. formales– sobre cómo alcanzar y hacer cumplir una decisión. Por lo tanto, los límites de la teoría del discurso explican la necesidad de la positividad del derecho. A este respecto, la tesis de la doble naturaleza comienza con la dimensión ideal en la forma de corrección y discurso, y conduce, solo en segunda instancia, a la dimensión fáctica en la forma de positividad y eficacia.[121]

Mientras que la relevancia de la tesis de la doble naturaleza del derecho para la argumentación jurídica y el concepto de derecho es clara, su papel *vis-á-vis* la teoría de

119. Alexy, 1999: 24.
120. *Ibid*.
121. *Vid.* Alexy, 2007a: 3.

los derechos fundamentales es más complejo. De acuerdo con Alexy, la tesis de la doble naturaleza del derecho exige la institucionalización de la razón. La institucionalización de la razón provee a la doble naturaleza del derecho una forma política sustancial.[122] La forma política que mejor concuerda con la tesis de la doble naturaleza es una democracia liberal. La justificación de esto deriva de la dimensión jurídico-argumentativa de la tesis de la doble naturaleza. Las condiciones del discurso jurídico demandan que la democracia y los derechos fundamentales formen parte del sistema jurídico.[123] Entonces, la forma política de la democracia liberal se desarrolla completamente por la teoría de los principios de los derechos fundamentales. La teoría de los principios hace posible una ponderación racional y una comprensión de la discreción de las autoridades públicas. También hace posible el establecimiento de una línea demarcatoria entre las competencias del parlamento y de la corte constitucional. El objetivo general de la institucionalización de la razón *qua* democracia liberal es conciliar la dimensión real e ideal del derecho.[124] Por lo tanto, los detalles de la teoría de los principios y el análisis de los derechos fundamentales están estrechamente relacionados con la tesis de la doble naturaleza del derecho.

### *3.1.2. La tesis del discurso y su relevancia para el sistema*

La idea de la racionalidad discursiva en el derecho está relacionada esencialmente con la pretensión de corrección. Esta pretensión enlaza la tesis del discurso y la doble naturaleza del derecho. Un segundo puente entre las dos es la tesis del caso especial, la cual se origina en la teoría del discurso pero conduce a una conexión necesaria entre el derecho y la moral. Ambos puentes ya han sido analizados en esta función previamente. Lo mismo es cierto para el vínculo entre la tesis del discurso y el análisis de los derechos fundamentales: este vínculo puede demostrarse en las tres dimensiones –i.e. filosófica, política y jurídica. En la dimensión filosófica, los derechos fundamentales se justifican con la ayuda de la tesis del discurso. En la dimensión política, la teoría del discurso especifica una forma política particular para la institucionalización de los derechos fundamentales. En la dimensión jurídica, la teoría de la ponderación, como parte de la tesis de los principios, contribuye a la teoría de la argumentación jurídica en su conjunto.

### *3.1.3. La tesis de los principios y su relevancia para el sistema*

La tesis de los principios tiene al menos cuatro vínculos importantes con la posición de Alexy sobre el concepto de derecho. Los derechos fundamentales *qua* principios

122. *Ibid.*, 1.
123. *Ibid.*, 4.
124. *Ibid.*, 5.

derrotan al concepto positivista del derecho. Segundo, el no-positivismo jurídico es esencial para la justificación de los derechos fundamentales. Tercero, la pretensión de corrección requiere la ponderación como método apropiado para aplicar los principios jurídicos. Finalmente, los principios jurídicos son empleados para justificar el carácter clasificante de la tesis de conexión –tal como lo sostiene la fórmula de Radbruch.

La relevancia de la tesis de los principios en el campo de la argumentación jurídica se puede ver en las tres dimensiones analizadas con anterioridad.

### 3.2. Enfoque y carácter

La tarea, aquí, es conceptualizar el sistema como un todo mediante la identificación de su carácter subyacente. La primera declaración de Alexy sobre el carácter de su sistema de filosofía del derecho se puede encontrar en su introducción a una colección de artículos publicados en 1994. Allí declara:

Los once artículos publicados aquí varían tanto en sus objetos como en su presentación. Sin embargo, ellos se mantienen unidos por el método analítico y las ideas liberales de autonomía y universalidad. Si mi suposición es correcta, en el sentido de que el método y las ideas antes mencionados están estrechamente relacionadas entre sí, entonces podríamos hablar de un «liberalismo analítico».[125]

El liberalismo analítico desmiente la afirmación de que el trabajo de Alexy es puramente formal y carece de ideas sustanciales. De acuerdo con Alexy, cualquier sistema jurídico mínimamente elaborado implica *eo ipso* valores morales fundamentales en forma de derechos básicos. Al mismo tiempo, estos derechos básicos impiden una identificación demasiado rígida entre el derecho y las convicciones morales. Por lo tanto, el liberalismo analítico puede interpretarse como un intento de resolver las tensiones existentes entre el derecho y la moral. En cualquier caso, muestra claramente que la filosofía de Alexy no es en absoluto puramente formal.

Posteriormente, Alexy identifica la relación entre el derecho y la razón como el núcleo de su trabajo.[126] Esta relación es profunda y compleja. Culmina en lo que se puede etiquetar como «institucionalización de la razón».[127] Varios aspectos de la relación entre derecho y razón pueden ser distinguidos. El primero es un aspecto *conceptual*. La razón juega un papel importante en la determinación del concepto de derecho: exige la transformación de los derechos humanos en derecho positivo. Además, sirve para establecer la fórmula de Radbruch; a saber, que la injusticia extrema no puede ser derecho válido. Por lo tanto, la razón excluye la famosa afirmación de Kelsen, de que cualquier contenido puede ser derecho.[128] El segundo aspecto es *metodológico*: la

125. Alexy, 1995b: 10.
126. Alexy, 2001c: 684.
127. *Ibid.*, 685.
128. *Vid.* Alexy, 2007a: 3.

razón se interpreta como argumentación. Por lo tanto, las reglas y formas del discurso jurídico son establecidas *qua* razón.[129] Empero, no alcanzan definitividad en cada caso particular. Por ello, es necesario complementar las reglas de argumentación mediante estructuras de toma de decisiones. En este punto entra en juego el tercer aspecto de la relación entre derecho y razón, a saber, el aspecto *político*. La forma política de la institucionalización de la razón es el «constitucionalismo discursivo».[130] Alexy lo describe como «una empresa para institucionalizar la razón y la corrección».[131] El constitucionalismo discursivo proporciona exactamente aquellas estructuras de toma de decisiones que, desde un punto de vista metodológico, son necesarias para la transformación de resultados discursivos meramente posibles en decisiones claras. El constitucionalismo discursivo se deriva de la teoría del discurso de Alexy, ya que esta teoría exige a los derechos fundamentales y a la democracia.[132] Exige derechos fundamentales, pues la teoría del discurso se basa en la libertad y la igualdad. Y exige democracia, puesto que la idea misma de discurso solo puede realizarse en el mayor grado posible en una democracia deliberativa.

En su más reciente elaboración del aspecto sistemático de su trabajo, Alexy ha situado la tesis de la doble naturaleza en el centro de su filosofía del derecho.[133] La relevancia de la tesis de la doble naturaleza para el sistema de Alexy ya se ha examinado en detalle anteriormente. Acá, es suficiente afirmar que, plausiblemente, esta tesis es la característica más importante del sistema de Alexy.

En suma, el enfoque fundamental del sistema de Alexy puede describirse a través de tres características: liberalismo analítico, institucionalización de la razón y la tesis de la doble naturaleza. Cada una de estas características enfatiza aspectos importantes del trabajo de Alexy y están estrechamente conectadas entre sí. Como demostración de esta interconexión, dos aspectos pueden ser mencionados: el método analítico es en sí mismo una instancia de la institucionalización de la razón, ya que se centra en el método de la argumentación jurídica; y la incorporación de valores liberales fundamentales refleja la doble naturaleza del derecho.

El carácter de un sistema de filosofía del derecho se puede distinguir de varias maneras. Para subrayar el carácter principal de la filosofía del derecho de Alexy, emplearé dos categorizaciones desarrolladas por Ralf Dreier. Primero, de acuerdo con Dreier, las teorías tienen un carácter analítico, normativo o empírico.[134] Las teorías analíticas se centran en estructuras y conceptos generales del derecho. Las teorías empíricas describen y explican las estructuras y las relaciones funcionales del derecho desde un punto de vista empírico. Las teorías normativas abordan cuestiones de obligación o de

129. Alexy, 2001c: 686.
130. Alexy, 2007a: 1; Alexy, 2006: 1, 17 y s.
131. Alexy, 2006: 18.
132. Alexy, 2007a: 3 y ss.
133. *Ibid.*, 1.
134. *Vid.* Dreier, 1981: 84.

evaluación de actos y condiciones jurídicas. En esta nomenclatura, la teoría de Alexy es normativa y analítica.[135]

Segundo, Dreier diferencia las teorías integrales y segmentarias.[136] Las teorías segmentarias explican solo aspectos individuales de un determinado objeto y emplean solo un punto de vista. Las teorías integrales, en cambio, intentan incluir tantos aspectos y puntos de vista como sea posible para adquirir una visión holística del objeto. La teoría de Alexy es una teoría integral en la medida en que combina los tres pilares de su trabajo, apuntando hacia un sistema de teoría del derecho.

Para ilustrar esto, podemos observar la teoría del discurso de Alexy. Alexy distingue una dimensión ideal y otra real. El discurso ideal está conectado con las ideas de racionalidad y corrección procesal absoluta. Esto, sin embargo, resulta ser una debilidad en lo que concierne a los discursos reales. Por lo tanto, la teoría del discurso puede desarrollarse en plenitud solo si se complementa con una teoría del Estado y del sistema jurídico que refleje la dimensión institucional y real del derecho. La relación entre el discurso ideal y los aspectos institucionales del discurso real es de dependencia mutua. Por lo tanto, la teoría plena de la racionalidad práctico-jurídica comprende tanto una teoría de un sistema de normas y una teoría de un sistema de procedimientos.[137] El punto importante aquí es que la teoría del discurso se establece en un sistema global de racionalidad práctica y, por lo tanto, en una teoría integral en el sentido de Dreier.

## 4. CONCLUSIÓN

En mi análisis de la filosofía del derecho de Alexy, he llamado la atención sobre ciertas relaciones entre los tres pilares que le dan forma. La conexión más fundamental entre ellos puede encontrarse en la definición del concepto de derecho de Alexy al final de *El Concepto y la Validez del Derecho*:

El derecho es un sistema de normas que … [comprende] los principios y los otros argumentos normativos en los que se apoya el procedmiento de la aplicación del derecho y/o tiene que apoyarse a fin de satisfacer la pretensión de corrección.[138]

La definición de derecho de Alexy comprende principios, así como procesos de aplicación del derecho.[139] La conexión entre los tres pilares no puede ser más fuerte.

La pregunta subsiste: ¿es la filosofía del derecho de Alexy un sistema? De acuerdo con el significado de «sistema» empleado aquí, la respuesta es clara. La filosofía de Alexy

135. Quine ha desafiado la posibilidad de estas diferenciaciones, *vid.* Quine, 2002. Para una defensa, *vid.* Grice y Strawson, 1956.
136. Dreier, 1981.
137. *Vid.* Alexy, 1991. Este punto ha sido descrito como una «teoría integral» por Brugger, *vid.* Brugger, 2000: 62.
138. Alexy, 2004: 123.
139. *Vid. ibid.,* 123-126. Esta definición global del concepto de derecho marca una diferencia importante con la teoría de Raz. Según Raz, los argumentos y principios en los que se basa o debe basarse el proceso de aplicación del derecho no son parte del derecho –de la etapa ejecutiva–, sino solo de la etapa deliberativa.

cubre una amplia gama de preguntas fundamentales. Tiene un triple carácter, ya que combina análisis estructurales con elementos sustantivos y una teoría de la aplicación del derecho orientada a la práctica (*use-oriented theory of law's application*).[140] Existen fuertes indicadores de que, de hecho, el todo es más que la suma de las partes. Si esto no cuenta como un sistema de filosofía del derecho, es difícil imaginar qué lo es.

## 5. BIBLIOGRAFÍA


Alexy, R., 1978: *Theorie der juristischen Argumentation: Die Theorie des rationalen Diskurses als Theorie der juristischen Begründung*, Frankfurt am Main: Suhrkamp.

Alexy, R., 1985: *Theorie der Grundrechte*, Baden-Baden: Nomos Verlagsgesellschaft.

Alexy, R., 1989: *A Theory of Legal Argumentation*, Oxford: Oxford University Press.

Alexy, R., 1991: «Idee und Struktur eines vernünftigen Rechtssystems», en R. Alexy, R. Dreier y U. Neumann (eds.), *Rechts– und Sozialphilosophie in Deutschland heute*, Stuttgart: Steiner, 30-44.

Alexy, R., 1992: *Begriff und Geltung des Rechts*, Freiburg/München: Alber.

Alexy, R., 1993: «Justification and Application of Norms», *Ratio Juris*, 6: 157-170.

Alexy, R., 1995a: «Teoría del Discurso y Derechos Humanos», *Teoría del Discurso y Derechos Humanos*, Bogotá: Universidad Externado de Colombia, 61-91.

Alexy, R., 1995b: «Vorwort», en *Recht, Vernunft, Diskurs: Studien zur Rechtsphilosophie*, Frankfurt am Main: Suhrkamp, 7-10.

Alexy, R., 1997: *Teoría de la Argumentación Jurídica: La Teoría del Discurso Racional como Teoría de la Fundamentación Jurídica*, Madrid: Centro de Estudios Políticos y Constitucionales.

Alexy, R., 1999: «La Tesis del Caso Especial», *Isegoría*, 21: 23-35.

Alexy, R., 2001a: «Una Defensa de la Fórmula de Radbruch», *Anuario da Facultade de Dereito da Universidade da Coruña*, 5: 75-96.

Alexy, R., 2001b: «Kollision und Abwägung als Grundprobleme der Grundrechtsdogmatik», *World Constitutional Law Review*, 6: 181-207.

Alexy, R., 2001c: «Entrevista a Robert Alexy» (por M. Atienza), *Doxa. Cuadernos de filosofía del Derecho*, 24: 671-687.

Alexy, R., 2003a: «Vorstellungsbericht», *Jahrbuch der Akademie der Wissenschaften zü Göttingen*: 326-331.

Alexy, R., 2003b: «Los Derechos Fundamentales en el Estado Constitucional Democrático», en M. Carbonell (ed.), *Neoconstitucionalismo(s)*, Madrid: Trotta, 31-48.

Alexy, R., 2004: *El Concepto y la Validez del Derecho*, segunda edición, Barcelona: Gedisa.

Alexy, R., 2005a: «Acuerdos y Desacuerdos: Algunas Observaciones Introductorias», *Anales de la Cátedra Francisco Suárez*, 39: 729-735.

Alexy, R., 2005b: «Derecho y Corrección», *La Institucionalización de la Justicia*, Granada: Comares, 31-54.


140. *Vid.* Eriksen y Menendez, 2010: 13, 21. Si bien los autores limitan su afirmación a la *Teoría de los Derechos Fundamentales*, en rigor, es plausible en un sentido más amplio, relacionada con el sistema que subyace a los trabajos de Alexy considerados como un todo.

Alexy, R., 2006: «Ponderación, Control de Constitucionalidad y Representación», en R. Alexy y P. A. Ibáñez, *Jueces y Ponderación Argumentativa*, México: Instituto de Investigaciones Jurídicas, 1-18.

Alexy, R., 2007a: «Legal Philosophy: 5 Questions», en M. E. J. Nielsen (ed.), *Legal Philosophy: 5 Questions,* Nueva York: Automatic Press/VIP, 1-11.

Alexy, R., 2007b: «¿Derechos Humanos sin Metafísica?», *Doxa,* 30: 237-248.

Alexy, R., 2008a: *Teoría de los Derechos Fundamentales*, segunda edición, Madrid: Centro de Estudios Políticos y Constitucionales.

Alexy, R., 2008b: «La Naturaleza de la Filosofía del Derecho», *El Concepto y la Naturaleza del Derecho*, Madrid: Marcial Pons, 35-50.

Alexy, R., 2008c: «La Naturaleza de los Argumentos sobre la Naturaleza del Derecho», *El Concepto y la Naturaleza del Derecho*, Madrid: Marcial Pons, 51-72.

Alexy, R., 2008d: «En Torno al Concepto y la Naturaleza del Derecho», *El Concepto y la Naturaleza del Derecho*, Madrid: Marcial Pons, 73-98.

Alexy, R., 2009a: «Los Principales Elementos de mi Filosofía del Derecho», *Doxa* 32: 68-84.

Alexy, R., 2009b: «Hauptelemente einer Theorie der Doppelnatur des Rechts», *Archiv für Rechts– und Sozialphilosophie,* 95: 151-166.

Alexy, R., 2010: «La Teoría del Discurso y los Derechos Fundamentales», en E. O. Eriksen y A. J. Menéndez (eds.), *La Argumentación y los Derechos Fundamentales*, Madrid: Centro de Estudios Políticos y Constitucionales, 29-50.

Alexy, R., 2011a: «La Doble Naturaleza del Derecho», en C. Bernal Pulido (ed.), *La Doble Dimensión del Derecho: Autoridad y Razón en la Obra de Robert Alexy*, Lima: Palestra, 29-58.

Alexy, R., 2011b: «Algunas Reflexiones en torno a cómo mi Pensamiento Jurídico ha ido Desarrollándose con el Paso de los Años», en C. Bernal Pulido (ed.), *La Doble Dimensión del Derecho: Autoridad y Razón en la Obra de Robert Alexy,* Lima: Palestra, 59-87.

Alexy, R., 2013a: «Una Respuesta a Joseph Raz», en G. Pavlakos (ed.), *Derecho, Derechos y Discurso*, Bogotá: Universidad Externado de Colombia, 61-85.

Alexy, R., 2013b: «El No Positivismo Incluyente», *Doxa*, 36: 15-23.

Alexy, R., 2014: «De la Ponderación y la Subsunción: Una Comparación Estructural», en E. Montealegre, N. Bautista y L. F. Vargas (eds.), *La Ponderación en el Derecho: Evolución de una Teoría, Aspectos Críticos y Ámbitos de Aplicación en el Derecho Alemán*, Bogotá: Universidad Externado de Colombia, 39-62.

Alexy, R., 2015: «Legal Certainty and Correctness», *Ratio Juris*, 28: 441-451.

Alexy, R., 2017: «The Ideal Dimension of Law», en G. Duke y R. P. George (eds.), *The Cambridge Companion to Natural Law Jurisprudence*, Cambridge: Cambridge University Press, 314-341.

Alexy, R., 2019a: «Sobre la Estructura de los Principios Jurídicos», *Ensayos sobre la Teoría de los Principios y el Juicio de Proporcionalidad*, Lima: Palestra, 55-75.

Alexy, R., 2019b: «Las Normas de Derecho Fundamental y los Derechos Fundamentales», *Ensayos sobre la Teoría de los Principios y el Juicio de Proporcionalidad*, Lima: Palestra, 77-90.

Alexy, R., 2019c: «Los Derechos Fundamentales, la Ponderación y la Racionalidad», *Ensayos sobre la Teoría de los Principios y el Juicio de Proporcionalidad*, Lima: Palestra, 107-117.

Alexy, R., y Marmor, A., 2005: «La Separación entre el Derecho y la Moral: Debate entre R. Alexy y A. Marmor», *Anales de la Cátedra Francisco Suárez*, 39: 743-768.

Brandom, R., 2005: *Hacerlo Explícito: Razonamiento, Representación y Compromiso Discursivo*. Barcelona: Herder.

Braun, C., 1988: «Diskurstheoretische Normenbegründung in der Rechtswissenschaft», *Rechtstheorie*, 19: 238-261.

Brożek, B., 2013: «La Fórmula del Peso y la Argumentación», en G. Pavlakos (ed.), *Derecho, Derechos y Discurso*, Bogotá: Universidad Externado de Colombia, 413-428.

Dreier, R., 1981: «Zur Theoriebildung in der Jurisprudenz», *Recht – Moral – Ideologie: Studien zur Rechtstheorie*, Frankfurt am Main: Suhrkamp, 70-105.

Dwars, I., 1992: «Application Discourse and Special Case Thesis», *Ratio Juris*, 5: 67-78.

Eriksen, E. O., y Menéndez, A.J., 2010: «Introducción», en *La Argumentación y los Derechos Fundamentales*, E. O. Eriksen y A. J. Menéndez (eds.), Madrid: Centro de Estudios Políticos y Constitucionales, 11-26.

García Figueroa, A., 2009: «¿Existen Diferencias entre Reglas y Principios en el Estado Constitucional? Algunas Notas sobre la Teoría de los Principios de Robert Alexy», en R. García Manrique (ed.), *Derechos Sociales y Ponderación*, segunda edición, Madrid: Fundación Coloquio Jurídico Europeo, 333-370.

Grice, H. P., y Strawson, P. F., 1956: «In Defense of a Dogma», *The Philosophical Review*, 65: 141-158.

Günther, K., 1993: «Critical Remarks on Robert Alexy's Special Case Thesis», *Ratio Juris*, 6: 143-156.

Habermas, J., 1995: «Reply to Symposium Participants», *Cardozo Law Review*, 17: 1477-1557.

Habermas, J., 2005: *Facticidad y Validez: Sobre el Derecho y el Estado Democrático de Derecho en Términos de Teoría del Discurso*, cuarta edición, Madrid: Trotta.

Hart, H. L. A., 1962: «El Positivismo Jurídico y la Separación entre el Derecho y la Moral», *Derecho y Moral: Contribuciones a su Análisis*, Buenos Aires: Ediciones Depalma, 1-64.

Herget, J. E., 1996: *Contemporary German Legal Philosophy*, Philadelphia: University of Pennsylvania Press.

Hilgendorf, E., 2005: *Die Renaissance der Rechtstheorie zwischen 1965 und 1985*, Würzburg: Ergon Verlag.

Kant, I., 2009: *Crítica de la Razón Pura,* México: Fondo de Cultura Económica.

Kaufmann, A., 1989: «Läßt sich die Hauptverhandlung in Strafsachen als rationaler Diskurs auffassen?», en H. Jung y H. Müller-Dietz (eds.), *Dogmatik und Praxis des Strafverfahrens*, Köln: Carl Heymanns, 15-24.

Kaufmann, A., 1992: «Panorámica Histórica de los Problemas de la Filosofía del Derecho», en W. Hassemer y A. Kaufmann (eds.), *El Pensamiento Jurídico Contemporáneo*, Madrid: Debate, 47-141.

Klatt, M., 2007: «Contemporary Legal Philosophy in Germany», *Archiv für Rechts– und Sozialphilosophie*m, 93: 519-539.

Klatt, M., 2009: «Aleksander Peczenik über die Rationalität der juristischen Argumentation», en A. Brockmöller y E. Hilgendorf (eds.), *Rechtsphilosophie im 20. Jahrhundert: 100 Jahre Archiv für Rechts– und Sozialphilosophie,* Sttutgart: Steiner, 187-207.

Klatt, M., 2011: «Tomar los Derechos no tan en Serio: Un Análisis Estructural de la Discrecionalidad Judicial», en G. A. Beade y L. Clérico (eds.), *Desafíos a la Ponderación*, Bogotá: Universidad Externado de Colombia, 485-536.

Klatt, M., 2017: *Hacer el Derecho Explícito: Normatividad Semántica en la Argumentación Jurídica*. Madrid: Marcial Pons.

Koch, H., 1988: «Zur Methodenlehre des Rechtspositivismus», en R. Dreier (ed.), *Rechtspositivismus und Wertbezug des Rechts,* Stuttgart: Steiner, 152-161.

Kumm, M., 2004: «Constitutional Rights as Principles: On the Structure and Domain of Constitutional Justice. A Review Essay on a Theory of Constitutional Rights», *International Journal for Constitutional Law*, 2: 574-596.

MacCormick, N.,1982: «Legal Reasoning and Practical Reason», *Midwest Studies in Philosophy*, 7: 271-286.

Neumann, U., 1986: *Juristische Argumentationslehre*, Darmstadt: Wissenschaftliche Buchgesellschaft.

Neumann, U., 1996: «Zur Interpretation des forensischen Diskurses in der Rechtsphilosophie von Jürgen Habermas», *Rechtstheorie*, 27: 415-426.

Pavlakos, G., 1998: «The Special Case Thesis: An Assessment of Robert Alexy's Discursive Theory of Law», *Ratio Juris*, 11: 126-154.

Pavlakos, G., 2013: «Introducción», en G. Pavlakos (ed.), *Derecho, Derechos y Discurso*, Bogotá: Universidad Externado de Colombia, 17-32.

Poscher, R., 2007: «Einsichten, Irrtümer und Selbstmissverständnis der Prinzipientheorie», en J. R. Sieckmann (ed.), *Die Prinzipientheorie Der Grundrechte: Studien Zur Grundrechtstheorie Robert Alexys,* Baden-Baden: Nomos, 59-80.

Quine, W. V. O., 2002: «Dos Dogmas del Empirismo», en *Desde un Punto de Vista Lógico*, Madrid: Paidós, 61-91.

Rawls, J., 1995: *Teoría de la Justicia*. México: Fondo de Cultura Económica.

Raz, J., 1995: «El Problema de la Naturaleza del Derecho», *Isonomía: Revista de Teoría y Filosofía del Derecho*, 3: 131-151.

Raz, J., 2013a: «El Argumento de la Justicia, o cómo no Replicar al Positivismo Jurídico», en G. Pavlakos (ed.), *Derecho, Derechos y Discurso*, Bogotá: Universidad Externado de Colombia, 35-59.

Raz, J., 2013b: «Sobre la Naturaleza del Derecho», *Entre la Autoridad y la Interpretación: Sobre la Teoría del Derecho y la Razón Práctica*, Madrid: Marcial Pons, 103-136.

Raz, J., 2013c: «La Incorporación por el Derecho», *Entre la Autoridad y la Interpretación: Sobre la Teoría del Derecho y la Razón Práctica*, Madrid: Marcial Pons, 193-212.

Schauer, F., 1997: «Prescriptions in Three Dimensions», *Iowa Law Review*, 82: 911-922

Schauer, F., 2004: *Las Reglas en Juego: Un Examen Filosófico de la Toma de Decisiones basada en Reglas en el Derecho y en la Vida Cotidiana*. Madrid: Marcial Pons.

# ÉTICA JURÍDICA APLICADA

Doxa. Cuadernos de Filosofía del Derecho, (2020), *43*
e-ISSN: 2386-4702 | ISSN: 0214-8676

# Los valores detrás de la privacidad

## Values behind Privacy

Isabel Turégano Mansilla

**Autora:**
Isabel Turégano Mansilla
Universidad de Castilla - La Mancha, España
Isabel.Turegano@uclm.es
https://orcid.org/0000-0003-1980-4351

**Recibido:** 22-10-2019
**Aceptado:** 26-1-2020

**Citar como:**
Turégano Mansilla, Isabel, (2020). Los valores detrás de la privacidad. Doxa. Cuadernos de Filosofía del Derecho, *43*, pp. 255-283. https://doi.org/10.14198/DOXA2020.43.10

**Licencia:**
Este trabajo se publica bajo una Licencia Creative Commons Atribución 4.0 Internacional.

© Isabel Turégano Mansilla

**Resumen**

El trabajo tiene por objeto distinguir los valores e intereses que se tratan de proteger bajo el concepto genérico de privacidad. Junto al planteamiento liberal de esos valores, en términos de aislamiento, intimidad, confidencialidad o autodefinición, y las aproximaciones más recientes a la privacidad informacional o protección de datos personales, se expone cómo el entorno digital ha supuesto un cambio cualitativo en la comprensión del concepto que favorece especialmente la consideración de su dimensión social y política. La privacidad tiene relevancia pública en cuanto que se trata de un bien colectivo, es un elemento constitutivo de una sociedad democrática, debe condicionar una esfera pública inclusiva y plural y requiere transparencia y control públicos del sistema socio-técnico institucional. Por ello, se argumenta que la protección de la privacidad no puede organizarse conforme a un modelo de autogestión individual, sino con medidas y normas colectivas públicas y generalmente justificadas. Agentes privados y públicos deben estar conjuntamente comprometidos con la garantía de la igual capacidad de todo individuo de pensar, elegir, vivir y participar en que puede sintetizarse el núcleo complejo del concepto de privacidad.

**Palabras clave**: Privacidad; intimidad; público; *big data*; protección de datos personales; tecnologías de la información; entorno digital; poder.

**Abstract**

This work aims at distinguishing the diverse values and interests protected by the right to privacy. In addition to the liberal approach to these values, in terms of seclusion,

* El presente trabajo fue presentado en una versión inicial en la IX edición del postgrado en Argumentación Jurídica de la Universidad de Alicante y en el XVII Seminario Jurídico Interdisciplinar «Globalización y Derecho» celebrado en la Universidad Carlos III de Madrid. Agradezco todos los enriquecedores comentarios que se hicieron al mismo por los y las participantes en ambos eventos.
El trabajo se ha realizado en el marco del Proyecto AICO/2017/161 de la Generalitat Valenciana titulado «La era digital; nuevos problemas para el Derecho» y dirigido por la profesora Olga Fuentes de la Universidad Miguel Hernández.

intimacy, confidentiality or self-definition, and the most recent approaches to informational privacy or personal data protection, it is presented how the digital environment has entailed a qualitative change that primarily supports the consideration of the social and political dimension of privacy. Privacy has public relevance inasmuch as it is a collective good, it is a constitutive element of a democratic society, it facilitates an inclusive and plural public sphere and requires public transparency and control of the institutional socio-technical system. Therefore, it is argued that the protection of privacy cannot be organized according to an individual self-management model but through public and generally justified collective measures and norms. Private and public agents must be jointly committed to guaranteeing the equal capacity of every individual to think, choose, live and participate in which the complex core of the concept of privacy can be synthesized.

**Keywords**: Privacy; intimacy; public; big data; personal data protection; information technology; digital environment; power

## I. INTRODUCCIÓN

La privacidad está considerada como un valor que, de un modo u otro, está en el centro de lo que hace que valga la pena vivir. Las razones que pueden alegarse para sostener una pretensión legítima a la privacidad son diversas y, aunque pueden considerarse interconectadas por sustratos normativos comunes, aportan la base para diferentes modelos éticos y políticos. Esta relativa indeterminación o flexibilidad ha generado un debate intenso acerca del sentido y adecuación de la protección de lo privado. Gran parte de la literatura sobre privacidad le ha atribuído tradicionalmente valor en virtud de argumentos relativos a la protección de intereses individuales, argumentación que, como ha puesto de manifiesto la teoría feminista, ha ocultado en muchas ocasiones la protección de modelos familiares y sociales jerarquizados y ha minusvalorado el grado en que la realización de los valores que protege la privacidad depende de la cooperación activa de lo político. Los debates más interesantes de nuestros días muestran que el valor de la privacidad no se agota en esa dimensión personal o individual, sino en la dimensión social y política de la privacidad que la muestra como un elemento esencial de cualquier proyecto democrático que trate de evitar la homogeneización y la exclusión.

El valor de la privacidad está hecho de una diversidad de intereses dignos de protección. Mucha de la literatura sobre privacidad se ha esforzado en mostrar que no es, como sugirió Thomson, sin más un valor confuso y redundante respecto de otros valores, sino un concepto con contenido y sentido propios. Pero la cuestión es compleja porque no hay un único sentido en que se hable de privacidad ni una única manera de protegerla y promoverla. Detrás de la privacidad no hay solo intereses personales (aislamiento, intimidad, autonomía, confidencialidad) ni una única pretensión que legítimamente se trate de hacer valer bajo su amparo. Con toda razón, el conocido juez Louis Brandeis afirmó que la privacidad era el «más comprehensivo» de los derechos[1].

1. Voto disidente en *Olmstead v. United States* (1928).

Se podría plantear una idea que va vertebrando los diferentes intereses o dimensiones del concepto y que lo convierten en un elemento relevante en el discurso moral y político: la de la capacidad del individuo de pensar, elegir, vivir y participar. Los intereses que se pueden englobar en esa idea, que se entremezclan y que se consideran conjuntamente dignos de protección desde el valor de la privacidad, difícilmente se pueden resumir en un elenco delimitado. Entre ellos estarían las ideas de aislamiento, confidencialidad, inaccesibilidad, intimidad familiar y afectiva, capacidad de decidir cómo presentarse a otros, protección de datos personales o autodeterminación. Cada una de ellas van apareciendo en los cuatro apartados de este trabajo relativos a las diferentes dimensiones de la privacidad que cobran peso y sentido de modo separado y que constituyen un haz plural de razones por las que la privacidad es valiosa y útil en el debate moral y político.

El primer apartado de este trabajo agrupa dos dimensiones distinguibles –lo íntimo y la vida privada– que emplean los argumentos tradicionales que valoran la privacidad por su protección de intereses individuales. El segundo introduce dos elementos que el creciente desarrollo de las tecnologías de la información ha convertido en el foco de gran parte del debate sobre privacidad: la idea positiva de control y el carácter material y objetivo del contenido del derecho, los datos personales. El tercero muestra cómo el cambio a un entorno digital transforma muchas de las consideraciones morales en juego en cuestiones cualitativamente diferentes, que dotan de especial trascendencia la última de las dimensiones abordada en el cuarto apartado: la dimensión social y política de la privacidad. Reducir la privacidad a un interés individual es insuficiente para dar cuenta de muchas de las preocupaciones planteadas en los debates sobre las tecnologías de la información. Los rápidos avances tecnológicos están intensificando la dimensión social de la privacidad, en la medida en que el carácter progresivamente cuantificado de nuestras sociedades genera cambios en el modo de ejercer el poder y de controlar nuestras vidas. Al tiempo que la privacidad se disuelve en un contexto de creciente exposición, lo público se desmorona ante el desinterés de agentes e instituciones privados y públicos de asumir sus responsabilidades. Las cuestiones que expongo podrían plantearse desde cualquiera de los lados de la dicotomía entre lo público y lo privado. Pero si las abordo desde la perspectiva del segundo es porque en el contexto de los debates jurídicos sobre nuestra era digital el empleo generalizado del término «privacidad» confunde planos y problemas que deberían separarse. El discurso dominante sobre la privacidad como protección de datos personales hace aparecer los problemas fundamentalmente como una cuestión de autodeterminación individual. Lo que está en juego, en cambio, es una cuestión moral y política más profunda acerca del poder en nuestras sociedades.

El término privacidad realmente es un neologismo o un anglicismo cuyo significado en nuestra lengua es sumamente ambiguo y no coincide ni con la idea de intimidad ni la de vida privada, al tiempo que se emplea para referirse a ideas estrechamente vinculadas con ellas. El término viene siendo cada más aceptado en los usos sociales, políticas y normativas de reglamentación de la protección de datos o directrices lingüísticas

y es común verlo utilizado en los debates jurídico-doctrinales. Nuestra legislación y jurisprudencia emplean en ocasiones el término como concepto más amplio que el de intimidad que abarca un conjunto más global de facetas de la personalidad que excluyen legítimamente la interferencia ajena y merecen protección[2]. Los tribunales vienen siendo conscientes de la necesidad de aunar los diferentes intereses y valores vinculados a la privacidad bajo el amparo de un régimen de protección común cada vez más ampliado. Recientes sentencias de nuestro Tribunal Supremo plantean ir más allá del tratamiento constitucional fragmentado de cada uno de los derechos que convergen en el uso de las tecnologías de la información afirmando la existencia de un derecho al propio entorno virtual[3].

En general, creo que existe un consenso creciente acerca de que la privacidad es un concepto más amplio que el de intimidad que incorpora diversas facetas referidas a la cualidad o condición del individuo de poseer vida personal ajena a lo público y libre de injerencias (Díaz Rojo, 2002). Desde un punto de vista crítico, este empleo extensivo del término permite mostrar la diversidad de intereses dignos de protección que giran en torno a aspectos de la dignidad, la identidad, la libertad o la participación. Me refiero a continuación a cuatro ámbitos de la privacidad (lo íntimo y la vida íntima o privada, el derecho a la protección de datos personales, privacidad en el entorno digital y la dimensión social de la privacidad) que se refieren a intereses y valores diversos que están detrás de lo privado. No pretendo hacer un planteamiento jurídico-dogmático ni reflejar ninguna realidad moral, sino hacer distinciones necesarias para situar correctamente los problemas que se plantean en nuestros días para su deliberación y crítica.

## II. LO ÍNTIMO Y LA VIDA ÍNTIMA O PRIVADA

El sentido más inmediato de la intimidad se identifica con el primero de los «estados de privacidad» a los que se refirió Alan Westin (1967). La *soledad* es aquel estado en el que

2. La Exposición de Motivos de la LO 5/1992 aclara que habla de privacidad como distinta de la intimidad. La primera la considera más amplia que la segunda, «pues en tanto la intimidad protege la esfera en que se desarrollan las facetas más singularmente reservadas de la vida de la persona –el domicilio donde realiza su vida cotidiana, las comunicaciones en las que expresa sus sentimientos, por ejemplo–, la privacidad constituye un conjunto, más amplio, más global, de facetas de su personalidad que, aisladamente consideradas, pueden carecer de significación intrínseca pero que, coherentemente enlazadas entre sí, arrojan como precipitado un retrato de la personalidad del individuo que este tiene derecho a mantener reservado». La Ley 25/2007, de Conservación de Datos Relativos a las Comunicaciones Electrónicas y a las Redes Públicas de Comunicaciones menciona solo la privacidad en su preámbulo. La Ley Orgánica de 1999 no empleaba el término. La actual solo lo emplea en dos ocasiones: habla de privacidad en el sector de las comunicaciones electrónicas y se refiere a un representante de los profesionales de la protección de datos y de la privacidad como miembro del Consejo Consultivo de la Agencia Española de Protección de Datos. La jurisprudencia emplea también el término como diferente de la intimidad (veáse entre otras muchas las STC 58/2018 y STS 3754/2018).
3. Vid. SSTS 342/2013, de 17 de abril; 97/2015, de 24 de febrero; 786/2015, de 4 de diciembre; 204/2016, de 10 de marzo; 426/2016, de 19 de mayo.

el individuo se separa del grupo y se libera de la observación por otros, sometiéndose solo a las sensaciones físicas y al diálogo con la propia mente y conciencia. Lo íntimo es «el ámbito de los pensamientos de cada cual, de la formación de decisiones, de las dudas que escapan a una clara formulación, de lo reprimido, de lo aún no expresado y que quizás nunca lo será, no solo porque no se desea expresarlo, sino porque es inexpresable» (Garzón Valdés, 2003: 16). Resulta así indecible e inaccesible (Castilla del Pino, 1989a: 9). Cuando somos observados estamos en gran parte determinados por lo que imaginamos que es percibido desde la perspectiva de los otros y el libre funcionamiento de nuestros sentimientos, fantasías y pensamientos personales queda condicionado (Wasserstrom, 1984: 324; Nagel, 1998: 4).

La intimidad no solo se produce en la soledad o el aislamiento, sino también en el seno de las relaciones con otros, siempre que se es capaz de crear una barrera psicológica contra la intrusión no querida. Incluso en nuestras relaciones más íntimas la comunicación de nuestra interioridad a otros es siempre incompleta y se retienen aspectos internos que se estiman demasiado personales o no confesables. Además de esta *reserva* y de la soledad, Allan Westin habla de un tercer estado que implica privacidad. El *anonimato* hace posible que un individuo que se encuentra en un lugar público pueda estar liberado de ser identificado o vigilado y, de este modo, no verse sometido a las reglas de comportamiento y roles que operarían si quienes le observan le conocieran (Westin, 1967)[4].

La idea de intimidad no ha existido siempre. Su fundamento se encuentra en la defensa liberal de la necesidad de una esfera reservada al individuo para el pleno desarrollo de su personalidad (Béjar, 1988). De la idea de dignidad humana deriva el derecho y la obligación de cada individuo de desarrollarse a sí mismo como persona así como la obligación de contribuir al libre desarrollo de los demás. En términos dworkinianos, ser persona supone ser merecedor de igual consideración y respeto, lo que se traduce en un principio de auto-respeto, conforme al que es una cuestión de importancia intrínseca y objetiva que toda vida humana sea bien vivida, y en la especial responsabilidad de todo ser humano en la identificación y persecución de lo que considera relevante en su vida. La intimidad protege un espacio para el individuo con el objeto de que pueda identificar sus fines y preferencias para desarrollar esa vida propia.

Así concebida la intimidad desempeña algunas funciones esenciales para el individuo en las sociedades democráticas. En primer lugar, el espacio íntimo libera al sujeto de la tensión emocional que supone desempeñar los roles sociales que ha asumido y acatar las normas sociales imperantes. La expectativa de tener un resquicio de intimidad que permita idear ciertas desviaciones es una característica de una sociedad libre que alivia la presión del sometimiento a un orden colectivo. En segundo lugar,

4. En un ensayo reciente, *La revolución de las flâneuses,* Anna María Iglesia (2019) reivindica para las mujeres el tipo literario de la Francia decimonónica que Baudelaire describió como el observador apasionado que quiere «ver el mundo, estar en el centro del mundo y quedar oculto al mundo… que disfruta en todos los lados de su incógnito» (Baudelaire, 2009: 36). Ciertamente el anonimato tiene una doble faz, puesto que también facilita conductas inmorales o fraudulentas dificultando la atribución de responsabilidades (Laporta, 2018: 28).

en ese espacio íntimo el individuo afirma la singularidad de su pensamiento e ideas, esto es, aquello que lo distingue de los demás. Tomar como base al individuo real, no abstracto, es lo que permite tomar conciencia de las diferencias[5]. Y, en tercer lugar, esa posibilidad de experimentar, descubrir, fantasear y meditar sin rendir cuentas a los otros es la que permite el ejercicio pleno de la autonomía. La privacidad se identifica también con la capacidad de definirnos como sujetos singulares así como la libertad que hace posible organizar la propia vida de acuerdo con los gustos e inclinaciones propios. Si la intimidad propiamente dicha puede representarse en la categoría de un espacio físico o mental blindado a la intromisión externa, la autonomía apela a una categoría también enmarcable en la noción de privacidad y que puede expresarse como *decisión* o *elección*. Lo privado se refiere a la capacidad del individuo de adoptar ciertas decisiones relevantes que a él afectan sin interferencia externa, manteniendo las razones de su acción fuera del escrutinio público (Kang, 1998: 1202-1203). La violación de la privacidad puede ser una forma extrema de humillación en cuanto que restringe el control que los individuos ejercen sobre lo que se supone que debería estar dentro de su control (Margalit, 1996: 204).

Pero ambas ideas, la de intimidad y la de autonomía, pueden separarse conceptualmente. Las actuaciones íntimas «no pueden observarse y solo se las puede inferir a través de lo que el sujeto dice o hace, incluso con su inhibición o su silencio» (Castilla del Pino, 1989b: 29). La autonomía supone la proyección externa de esas acciones en decisiones y elecciones. Puesto que la intimidad en sí es inobservable, lo que la vulnera es dar a conocer o atribuir una intención oculta tras una actuación privada o pública de la que se puede inferir. El observador de tal actuación que la transmite a otros debe atenerse a lo observado no a la intención de la actuación observada, que es íntima (Castilla del Pino, 1989b: 30)[6]. Las inferencias o juicios acerca de las intenciones individuales puedan llegar a afectar muy negativamente a nuestro derecho a la intimidad y requerir protección jurídica. En gran parte, ello puede venir condicionado por el modo en que los avances tecnológicos sean capaces de traducir los estados mentales en datos cognoscibles y estos puedan hacerse públicos o ser manipulados. Los algoritmos permiten ya que los datos recopilados en dominios diversos sean agregados para generar perfiles

5. La relegación histórica de las mujeres al ámbito privado ha supuesto, entre otras cosas, el hecho de que en ese ámbito se les haya negado el estatus de individualidad, apareciendo como las «idénticas» que quedan invisibilizadas bajo una categoría genérica (Amorós, 1991: 52). El rechazo feminista a una privacidad acrítica y excluyente no es incompatible con la necesidad de reconocer a cada mujer una intimidad propia, con su riqueza de pensamientos y aspiraciones. La conocida imagen de Virginia Woolf de una habitación propia representa un espacio individual como «anhelo por una utopía individual, por huir momentáneamente de las relaciones humanas, un intenso egocentrismo nuevo para las mujeres» (Alexander, 1998: 135). La intimidad se opone aquí a la privacidad de la familia y las relaciones personales. Es desde esa individualidad desde donde el hombre y la mujer pueden forjar y reconocer la realidad y su identidad al margen del modelo de sujeto universal y neutro que está en el centro del pensamiento moral dominante. En este sentido, el feminismo no tiene por qué ser necesariamente incompatible con la defensa del valor de la privacidad, como han sostenido Allen (1988) o Cohen (1999), entre otras muchas.

6. Como afirma Manuel Toscano, es posible que alguien «que nos conozca bien, acierte a ver lo que nos pasa, a veces mejor que nosotros mismos» (2017: 542).

reveladores de quiénes somos a partir de la evidencia de lo que hacemos y decimos. Cada vez más el uso de datos se extiende a la elaboración de perfiles psicológicos que permiten identificar creencias, preferencias u orientaciones que el individuo preferiría no dar a conocer a terceros. El riesgo de estas inferencias invasivas y predictivas ha llevado a la defensa de un «derecho a inferencias razonables» (Wachter y Mittelstadt, 2019).

Lo íntimo es sumamente poroso, hasta el punto de que puede pensarse que, por ello, es un concepto irrelevante. Por una parte, tiende a exteriorizarse y convertirse en elecciones y acciones privadas o públicas. Es solo lo que decidimos y hacemos con proyección exterior lo que es objeto de consideración moral, mientras que lo que permanece en la interioridad escapa a la valoración moral (Garzón Valdés, 2003: 17). Por otra parte, lo íntimo se ve atravesado y modelado por pautas y usos relacionales y sociales. El individuo no es un sujeto abstraído de un entorno y unas circunstancias. Cada persona configura su vida y preferencias como respuesta personal a sus propias capacidades y sus circunstancias sociales y culturales. Afrontar el reto en que consiste una vida supone desarrollarla de modo adecuado a las propias situaciones o a las propias expectativas culturales (Dworkin, 2003: 279). El contexto comunitario y cultural provee de modos de concebir y vivir el mundo que rodea al individuo. Además, desde una concepción relacional de la persona, es en la capacidad de actuar con otros y de deliberar conjuntamente sobre las condiciones sociales de todos donde el sujeto se realiza más plenamente. Esta dimensión social es indisociable de las otras ideas que están detrás de la privacidad. Sin embargo, considero que ello no supone renunciar a este primer valor del sentido más íntimo de la privacidad. Ninguna cultura o proyecto colectivo expresa por sí misma el ideal humano en abstracto. Por ello es esencial, como pensaba John Stuart Mill, la capacidad del individuo de elegir su propio plan de vida y cambiar su entorno sin dejar que las opiniones y las leyes lo determinen por completo. En ultimo término es la actitud crítica y reflexiva del individuo ante el medio el contenido más básico de la intimidad. Es la competencia de cada individuo para la introspección y la revisión parcial de identidades y concepciones del bien sobre la base de nuevos discernimientos la que le permite conformar y afirmar una identidad irrepetible (Cohen, 1999: 31, 34). La intimidad, en este sentido, se traduce en la necesidad de experimentar con libertad, de perderse por espacios que queremos explorar sin consejos ni críticas, pudiendo demandar un «minimalismo digital» (Newport, 2019: 103).

A lo que se suele hacer referencia, especialmente en el ámbito jurídico, con el término de «intimidad» no es principalmente este primer aspecto al que acabo de referirme, esto es, lo recóndito de nuestra vida interna, sino, sobre todo, al modo en que los sujetos revelan junto a otros lo que cada uno es. Lo privado adquiere un sentido diferente cuando se presenta como el ámbito en que estamos o aparecemos con otros. Se suele emplear el término de intimidad y «lo privado» en relación con aquel ámbito reservado a un tipo de situaciones y relaciones interpersonales donde imperan los deseos y preferencias individuales y vedado a la mirada de terceros, aunque es potencialmente observable. Es el dominio en el que tratamos de proyectar y hacer valer con otros nuestros deseos y preferencias. El velo que nos protege de la exposición pública es levantado

parcialmente en esta esfera para admitir a «otros particulares». Este ámbito desempeña también una función importante en el desarrollo de una vida interna porque permite explorar sentimientos y actuaciones no públicos en un contexto de relaciones (Nagel, 1998: 20).

El desvelamiento de la propia intimidad conlleva riesgos, tales como el de ofrecer una versión distorsionada de nuestra propia personalidad, de colocarnos en situaciones de inferioridad en nuestras relaciones personales, o de encontrarnos con la desaprobación u hostilidad de los demás. Es la capacidad de decidir y controlar quién tiene acceso a uno mismo, tanto en sentido físico como respecto del conocimiento de lo más próximo a nosotros, el atributo más importante de esta intimidad compartida y el que nos permite adaptarnos a un mundo de relaciones sociales diversas[7]. La privacidad significa acceso restringido y control, esto es, restricción de intromisiones ilegítimas en la esfera protegida y poder para determinar libremente nuestra conducta y relaciones. Además, la intimidad implica restricciones y responsabilidades de respetar la distancia respecto de los otros que las expectativas sociales generan en las distintas relaciones sociales en las que estamos insertos (Marmor, 2014: 6-7). Especialmente exige confidencialidad y reserva como consecuencia de la delimitación contextual en que nos mostramos o damos a conocer detalles de nuestras vidas. Lo privado no es el tipo de acontecimiento o conocimiento que se exterioriza, sino el tipo de relación y el entorno en el que los hechos o el intercambio de información ocurre. Esa relación o entorno es capaz de generar la confianza o el ambiente para expresarse en libertad, esto es, para no tener la intención ni la expectativa de que lo que se hace o se comenta llegue a ser visto o escuchado por otros fuera de esa relación[8]. La lesión a la privacidad, en este sentido, no tiene que ver con la difusión de un conocimiento o información personales cuanto con la deslealtad derivada de la ruptura de la confianza y las expectativas generadas (Post, 2001: 2091-92). Es en este sentido en el que la falta de respeto a la privacidad se concibe como una ofensa a la dignidad, esto es, a la exigencia intersubjetiva de respeto. Ofende la privacidad la exposición del individuo sin las protecciones derivadas de las formas de respeto que generalmente gobiernan nuestras vidas.

Existe un continuo entre lo íntimo y lo privado. En el ámbito íntimo desarrollamos y fraguamos nuestros deseos, opiniones o pensamientos. El contenido y sentido de lo privado radica en poder compartir esa vida interior con ciertas personas y en ciertas relaciones. Si lo íntimo es necesario para nuestra autonomía y el libre desarrollo de

7. La idea de privacidad como inaccesibilidad se encuentra en muchos de los textos clásicos de la literatura anglosajona sobre privacidad. Entre otros puede verse en Gavison (1980); Bok (1983); Allen (1988); o Moore (2003).

8. Desde una concepción subjetiva de la intimidad puede pensarse que lo que resulta protegible no lo es solo por su contenido personal, sino por el contexto en el que el sujeto considera posible la comunicación en libertad y confianza. Ese contexto se considerará protegible por la intimidad si se caracteriza por un deseo de compartir experiencias importantes, no solo por un deseo recíproco de compartir información (Reiman 1976: 33). El verdadero conocimiento de otra persona es la culminación de un lento proceso de mutua revelación. «Nos exige el retiro gradual de las máscaras sociales, la forja gradual de la confianza, que lleva al intercambio de revelaciones personales» (Rosen, 2000: 8).

nuestra personalidad, la vida íntima o privada provee el espacio para desarrollar nuestra libertad, tener relaciones personales y actos íntimos diversos e intercambiar información personal, lo que, a su vez, nos permite explorar nuevas facetas propias. La privacidad se aproxima a la intimidad tanto más cuanto las relaciones privadas están más orientadas o expresan especialmente emociones o sentimientos de afecto, amor o cuidado (Inness, 1992: 74) o, en palabras de Parent, en cuanto esas relaciones supongan «compartir las experiencias, aspiraciones, debilidades y valores más íntimos» (1983: 275). Las relaciones estrechas y su carácter cotidiano favorecen que se compartan creencias, ideas o pensamientos que no exponemos en otras relaciones. La protección de la privacidad se justifica entonces por las mismas razones que justifican la protección de la intimidad. Gran parte de la doctrina y la jurisprudencia relativas al derecho a la intimidad debe entenderse como referida a la privacidad en este sentido de prolongación de nuestra interioridad hacia esferas concomitantes en las que se exteriorizan los pensamientos o sentimientos que constituyen la esfera íntima mediante conductas o acciones individuales o relaciones con otros.

Pero no siempre la protección de las relaciones privadas se funda es que sean expresión de esos sentimientos más íntimos. La privacidad también protege otras formas de socialización humana delimitadas. Otras relaciones e interacciones sociales distintas de las afectivas pueden ser también importantes en la formación y desarrollo de la individualidad, a pesar de no estar vinculadas a los afectos. Sin duda, las relaciones comunitarias y los lazos asociativos tienen un papel central en el desarrollo humano. Pero también pueden serlo otros vínculos sociales; por ejemplo, en la tradición hegeliana y marxista, el trabajo es un proceso de autoproducción donde se revela lo específico del ser humano. Las relaciones profesionales, económicas, educativas, sanitarias, administrativas o laborales se desenvuelven en espacios distintos de las relaciones familiares o afectivas, ante audiencias más amplias y tienen un carácter más impersonal (Camps, 1989: 63-64). Son esferas más abiertas a la observación y más sujetas a control para el cumplimiento de las obligaciones y los fines propios de cada una. Pero demandan también reserva y se incluyen en la esfera de protección de la privacidad. La delimitación de su alcance y límites en cada uno de esos contextos requiere atender su especificidad y fines propios. Cada uno responde a patrones diferentes que condicionan el significado de la privacidad, esto es, determinan la diferente expectativa de privacidad que es razonable tener en cada caso[9].

9. Así, por ejemplo, en el ámbito bancario, el manejo de ciertos datos personales puede afectar la intimidad. Sin embargo, su protección no abarca la información económica y financiera que debe ser conocida por la Administración. En el ámbito profesional el fin propio de la actividad exige el secreto profesional o los secretos comerciales. Ello no excluye el deber de denunciar hechos delictivos o actos ilícitos, que puede fundamentar la actuación de un particular vulnerando la privacidad impuesta por la profesión para actuar en favor del interés general. En lo laboral la actividad se realiza en muchos casos en espacios parcialmente cerrados al público que generan expectativas de privacidad. Pero encuentran su límite en prácticas irregulares o incumplimiento de condiciones de la relación laboral. En todo caso, la protección de la privacidad exige siempre garantías, como la comunicación al trabajador, de especial importancia en un tipo de relaciones que no son horizontales. En

La vida privada se desarrolla de modo paralelo a las obligaciones públicas, con sus propias pautas y usos que rigen los roles, expectativas, acciones y prácticas en una diversidad de relaciones interpersonales. El espacio privado se reglamenta de modo flexible y relativamente independiente, aunque eso no convierte en menos imperativas las exigencias que se generan. Lo privado es un espacio de poder, que puede ocultar subordinación y violencia. Su protección respecto de la intervención pública puede suponer habilitar un ámbito de impunidad respecto del abuso y la opresión. Por ello, no se puede afirmar que ciertas conductas se justifican si se realizan en el ámbito privado. Suponer tal cosa es fruto de la confusión habitual entre lo íntimo y la vida privada que atribuye a esta una inmunidad injustificable. La vida privada ha de regirse por los mismos principios que la esfera pública y solo será merecedora de un respeto y protección condicionados a que las relaciones o acciones que en ella se desarrollan sean deseables o moralmente neutras y no impliquen subordinación. La intervención político-jurídica en la privacidad es necesaria para asegurar la libertad e igualdad individuales. Al mismo tiempo, ningún aspecto de la vida personal debería relegarse de modo forzoso a la privacidad y ser excluida de la discusión y expresión públicas (Young, 1990: 120).

## III. PRIVACIDAD COMO PROTECCIÓN DE DATOS PERSONALES

Social y jurídicamente la intimidad fue interpretándose esencialmente en su sentido positivo, no ya como aislamiento, cuanto como facultad o poder de revelar y proteger aspectos y circunstancias de nuestra intimidad o nuestras relaciones personales[10]. Además, la intimidad ha ido adquiriendo un sentido más objetivo que subjetivo. Lo privado alude a la *información* o *datos* personales que, en cuanto elementos materiales, están más expuestos a la difusión y abuso. El desarrollo acelerado de las tecnologías de la información en las últimas décadas ha puesto el foco en estas facetas de la privacidad otorgándoles cierta autonomía frente a otros aspectos o dimensiones de la misma. El Derecho y los usos sociales habrán de reemplazar los muros y puertas que han sido barridos por las nuevas herramientas tecnológicas (Lever, 2013: 66).

La privacidad otorga al individuo la potestad de revelar o compartir información personal de forma selectiva. Cuál sea el tipo de información que el individuo se ve libre para compartir será diferente en función de la naturaleza de la relación, que determinará el tipo y grado de conocimiento sobre cada uno que es apropiado tener (Rachels, 1975: 328). Los diferentes tipos de relaciones exigen diferentes esquemas de comportamiento social y generan diferentes expectativas sociales acerca de qué aspectos de uno mismo se revelan. Desvelar información sobre nosotros con propósitos delimitados

muchos otros ámbitos, como el educativo o el sanitario, la información que se comparte se revela de forma restringida y para un fin concreto.

10. Charles Fried escribió que la privacidad «no es simplemente una ausencia de información sobre nosotros en las mentes de los otros; más bien es el control que tenemos sobre la información acerca de nosotros» (1968: 482).

(médicos, financieros, jurídicos, laborales, etc.) supone una exposición forzada por un fin específico. Compartir secretos con un amigo, por el contrario, es un acto constitutivo de nuestra amistad (Margalit, 1996: 209; Gerstein, 1978: 76). Por tanto, es el entorno el que determina en cada caso qué flujo de la información se puede predecir razonablemente que se produzca (Marmor, 2014: 9-10). El entorno de las nuevas tecnologías es sumamente dinámico y cambiante y pone en riesgo el legítimo interés en esa predecibilidad razonable. Pero el problema no es tanto su carácter cambiante, sino la incertidumbre y desconocimiento generalizados acerca de los procedimientos conforme a los que fluye la información, como señalaré más adelante.

Concebida como control sobre la información personal, la tutela de la privacidad se ve permeada, especialmente en la cultura jurídica anglosajona, por la visión iusprivatista de los derechos conforme a la que la libre circulación de la información y de los datos personales son un elemento esencial para la prestación de servicios al consumidor y se otorga preferencia al principio de autodeterminación que supone la preeminencia de las soluciones basadas en la autorregulación y el consentimiento (Cate, 2000; Martínez, 2014). De modo coherente con sus raíces históricas, el concepto de intimidad, ligado al individualismo liberal, se configura como un derecho de cuyo objeto su titular puede disponer[11] y, por tanto, como derecho a decidir sobre cómo y en qué medida comunicar información personal, análogo al derecho de propiedad. Los datos adquieren un valor autónomo de contenido patrimonial, al margen del valor que poseen en relación con la personalidad. Detrás de esta concepción está la preferencia por una visión de la privacidad desde la perspectiva de la autonomía en lugar de la dignidad, es decir, desde su consideración como capacidad para adoptar decisiones personales sin interferencias externas en lugar de como exigencia de respeto recíproco[12].

La privacidad como protección de datos personales se considera un derecho independiente del derecho a la intimidad por diversas razones. En primer lugar, porque se refiere específicamente a la información personal que puede ser recopilada, analizada, tratada y difundida o hecha accesible a terceros. Un dato personal es cualquier información (número, sonido, imagen, dirección de identificación, etc.) relativa a una persona identificada o identificable. No se refiere al conocimiento íntimo de una persona en su complejidad, sino a datos cuantificables y clasificables.

11. La defensa de la *privacy* basada en el modelo propietario la concibe esencialmente como garante de la propiedad privada ante las intromisiones del Estado (prohibición de registros, aprehensiones de bienes o documentos, interceptación de comunicaciones etc. sin autorización judicial y causa justificada). Se protege conforme a la regla del *trespass*: necesidad de que se produzca algún tipo de intromisión física. Si se vulnera la privacidad al saber algo de otra persona no es porque se conozca un hecho sobre él o ella, sino por el modo en que se obtiene esa información (Thomson, 1975).
12. Whitman contrapone la concepción anglosajona de la privacidad como libertad, especialmente libertad frente al Estado, a la concepción de la Europa continental que prima la idea de dignidad y de reconocimiento y respeto. En la concepción europea el florecimiento humano requiere la realización individual en formas que el mercado no puede proporcionar, primando la autodefinición sin restricciones a la soberanía del consumidor. La privacidad apela no tanto a un interés material cuanto a bienes inmateriales englobados en la idea amplia de la personalidad (Whitman, 2004: 1181-1184, 1192-1194).

Por otra parte, la información personal que se protege con aquel derecho no siempre tiene un carácter privado en cuanto referida a las circunstancias, opiniones o sentimientos de la vida íntima de la persona. En muchas ocasiones las razones por las que se protegen los datos personales son diferentes de la intención de evitar las injerencias en nuestra autonomía o nuestra esfera íntima (van den Hoven, 1997: 34-37). La protección puede orientarse, en primer lugar, a evitar daños derivados de la distribución y uso de la información personal, permitiendo que todos puedan acceder a las tecnologías de la comunicación de modo seguro y sin miedo[13]. En segundo lugar, a eliminar la desigualdad informacional, haciendo posible que el actual intercambio de beneficios o servicios por datos se realice en un contexto de mercado justo y transparente, en el que todos conozcan las condiciones y resultados de sus decisiones, haya libre competencia y exista una igualdad de oportunidades. Y, en tercer lugar, a evitar la injusticia informacional que supone el traspaso de información más allá del contexto y los fines para los que fue recabada, especialmente en casos de usos secundarios que pueden no haber sido siquiera concebidos cuando se recopilaron (Mayer-Schönberger y Cukier, 2013: 153). Cuando se evalúa si cierta información puede ser compartida hay que tener en cuenta el contexto, la naturaleza de la información en relación con ese contexto, quiénes son los agentes que reciben la información, sus roles sociales, su capacidad de afectar la vida de los sujetos de los datos y sus intenciones en relación con ellos, así como los términos en que se comparte la información y los de otras difusiones futuras (Nissenbaum, 2004: 137). La difusión de datos fuera de ese contexto contribuye a que el individuo sea erróneamente conocido y juzgado por terceros ajenos que no pueden identificar la complejidad que le define (Rosen, 2000: 8). Pero no es solo una cuestión de conocimiento erróneo o mala representación, sino sobre todo de pertinencia o relevancia. Uno de los principios básicos de una ética digital ha de ser la limitación de propósito o necesidad funcional de cualquier selección y aplicación de datos personales.

A pesar de apelar a intereses diferentes, la intimidad es especialmente tenida en cuenta en el desarrollo del contenido y garantías del derecho a la protección de datos. Aquellos datos que afectan al *reducto más íntimo de la personalidad* requieren de especiales garantías, puesto que en este caso es mayor el riesgo de discriminación y vulneración de la dignidad de la persona. La normativa de protección de datos habla de datos especialmente protegidos, entre los que se encuentran datos de salud, ideología, religión, origen racial, vida sexual, relaciones familiares y comisión de infracciones penales y administrativas. La conceptualización de un dato como sensible suele hacerse a partir de criterios materiales conforme a los que serían sensibles aquellos datos que tienen una especial incidencia en la intimidad (Pérez Luño, 2000: 65) o, más precisamente, que se refieren a la esfera íntima (Toniatti, 1991: 155). Pero es una cuestión compleja la

13. Aníbal Monasterio habla de cuatro tipos de daños producidos por algoritmos en un monográfico de Dilemata sobre «Ética de datos, sociedad y ciudadanía»: discriminación social, discriminación económica, discriminación de acceso libre a la información y privación de libertad y discriminación y abuso de control (2017: 198-208).

relativa a qué datos personales deben tener una protección mayor. No está predeterminado que ciertos asuntos personales sean intrínsecamente sensibles o que dependa de la pretensión del propio individuo (*norm-dependent* o *norm-invoking*) (Wacks, 2010). Por ello, la relación de datos personales contenidas en los diferentes documentos normativos no debe entenderse como un elenco cerrado. No es solo cada individuo el que controla el grado en que se espera que su intimidad se someta al escrutinio público, sino que depende del modo en que esa delimitación se construya socialmente o en contextos delimitados. Lo que se pueda razonablemente esperar que se mantenga en la intimidad no depende de las preferencias o sentimientos propios de cada individuo, sino del modo en que convencionalmente se interpreta esa razonabilidad de acuerdo con valores y expectativas sociales cambiantes (Schauer, 2003: 8). En todo caso, el tratamiento de las categorías especiales de datos, susceptibles de comprometer más directamente la libertad e intimidad individuales, exige que la ley establezca las garantías específicas adecuadas que aseguren la transparencia, control y tutela efectiva y procuren que los datos no se empleen de forma desproporcionada ni se utilicen para fines distintos de los que justificaron su obtención[14].

## IV. LA PRIVACIDAD EN EL ENTORNO DIGITAL

El entorno digital convierte el problema de la privacidad en algo mucho más amplio que el control de datos personales. La relevancia creciente del concepto refleja su fuerza expansiva y dinamismo (Martínez de Pisón, 2016: 411). En realidad, la protección de la privacidad deviene una cuestión cualitativamente diferente, en diferentes sentidos. Debido, en primer lugar, a su extensión: aumento de los aspectos de nuestras vidas susceptibles de ser observados o manipulados, aumento de los modos de recopilación de datos, mayor disponibilidad a compartir en redes públicas información personal, incremento de las posibilidades de acceso, tratamiento y difusión. En segundo lugar, por el modo en que se rompe la bidireccionalidad en la comunicación y se transforma en un flujo multidireccional y horizontal (Castells, 2009: 99-108). Y, en tercer lugar, por los cambios en su dimensión temporal –lo privado está potencialmente disponible para el público y sigue disponible indefinidamente (Bauman y Lyon, 2013: 31)– y espacial, en cuanto que lo privado no implica tanto aislamiento físico cuanto control en un territorio desespaciado de información y contenidos simbólicos (Lucena Cid,

14. Así lo ha reconocido el TC, en sentencia de 22 de mayo de 2019, en relación con las opiniones políticas como datos personales sensibles que no quedaban suficientemente protegidos con la previsión del art. 58 bis de la Ley Orgánica del Régimen Electoral General (incorporado por la Ley Orgánica de Protección de Datos Personales y Garantía de Derechos Digitales) que permitía a los partidos políticos recopilarlas en el marco de sus actividades electorales. La disposición ha sido declarada inconstitucional, en primer lugar, porque el legislador no determina de modo específico la finalidad legítima del tratamiento de tales datos; en segundo lugar, por no regular pormenorizadamente el alcance y condiciones de los tratamientos que autoriza; y, en tercer lugar, por no establecer ella misma las garantías adecuadas para proteger los derechos fundamentales afectados.

2012: 143). Al romper los límites del espacio y del tiempo resulta difícil diferenciar los espacios y momentos en los que se está actuando en el ámbito privado y en el público (Marcilla, 2015: 278).

Estos cambios afectan a aspectos esenciales de la idea de intimidad a la que me he referido en el apartado primero. La generalización de las nuevas tecnologías de la información ha modificado sustancialmente el modo de comprendernos en el mundo y de relacionarnos con los otros. El individuo cede en parte su disposición al ejercicio reflexivo y crítico interior y busca la proyección exterior. La generación de Facebook y Twitter es más abierta en el modo en que comparte su información personal[15]. Frente a la tensión emocional que genera la exposición social, la exclusión se considera una amenaza mayor. Por otra parte, ese clima de sobreexposición contribuye a la inhibición y la autocensura y reduce la capacidad del individuo para la reflexión crítica y la libre experimentación y búsqueda de ideas y propósitos. La relevancia que tienen los datos registrados puede favorecer que las personas se comporten del modo que permita reflejar su mejor imagen en los datos que genera. Se actúa con la consciencia de ser observado y dejar constancia de lo que se hace. Y esa consciencia inspira comportamientos psicológicamente clónicos (Lucas Murillo, 1999: 25).

Especial incidencia en la privacidad tiene el problema de la categorización que genera el tratamiento de los datos. Las nuevas tecnologías se pueden emplear para clasificar a las personas conforme a técnicas digitales y lógica estadística en categorías según su valor estimado y su predisposición a ciertos reclamos, que no necesariamente responden a las segmentaciones demográficas usuales, sino que muchas veces modelan tipos psicológicos. Esta categorización produce, en primer lugar, pérdida de oportunidades. Se puede privar a una persona del acceso a ciertos bienes o servicios que no se ajustan al perfil que se le ha atribuido. En segundo lugar, genera desigualdad. Los códigos de *software* que nos clasifican están diseñados para distinguir entre un grupo y otro permitiendo que las personas sean tratadas de manera diferente según la categoría en la que se encuentren. Los procesos de clasificación y elaboración de perfiles favorecen la formación de estereotipos sociales que determina la atribución de privilegios y derechos o la exclusión social (Lyon, 2007: 184-185). En tercer lugar, implica pérdida de autonomía. El uso indebido de los datos personales puede suponer cruzar la línea que separa la persuasión legítima de la influencia o control indebidos (Kang, 1998: 1215). Es posible que el tratamiento de datos falsee o fabrique preferencias y las modifique. La personalización que permiten los procesos algorítmicos filtra la información que le llega a cada individuo a partir de un análisis exhaustivo de preferencias, comportamientos o posibilidades de influencia. En cuarto lugar, la categorización simplifica y reduce las alternativas. La personalización que permiten los algoritmos reduce la información

15. Se ha empleado el término de «*extimidad*» (adoptado por Jacques Lacan con un sentido diferente) para hacer referencia al debilitamiento que se está produciendo de lo introspectivo y el cambio que eso supone en el modo en que nos definimos y construimos nuestra personalidad. La *extimidad* no supone solo el modo en que aceptamos exponer nuestra interioridad, sino cómo al hacerlo construimos de manera diferente nuestra propia forma de entendernos (Sibilia, 2009).

que llega a cada individuo excluyendo contenidos que se consideran irrelevantes o contradictorios con sus preferencias o creencias (Pariser, 2017). Y, por último, la categorización reduce la diversidad individual a modelos colectivos de comportamiento. En este sentido, la elaboración de perfiles convierte en realidad la cuestión en otra distinta (Schermer, 2011): el problema no es ya la identificabilidad de los datos respecto de individuos concretos, sino la des-individuación o tendencia a tratar a las personas sobre la base de características atribuidas a un colectivo o grupo con el que se identifica. La cuestión en este caso es que una vez que se ha construido el perfil los individuos no necesitan ser identificados para verse afectados por las informaciones y acciones derivadas del mismo (Mittlestadt *et al*, 2016: 10).

Las posibilidades de recopilar, conservar, relacionar, procesar y transmitir la información personal han adquirido dimensiones impensables cuando se comenzó a gestar la idea liberal de intimidad. La reducción de las acciones y decisiones privadas que se adoptan en el entorno digital a registros y datos informáticos entraña un riesgo evidente de que la conducta privada se cosifique y se reduzca a identificadores manejables y comercializables, convirtiendo al titular del derecho a la intimidad en un mero «suministrador de datos» (Pérez Luño, 2017: 362). Somos, sin más, el objeto del que se extrae el producto que interesa, resultado del acopio masivo y agregación de datos (Zuboff, 2019). Cada vez más nos convertimos en lo que los datos registrados y procesados dicen que somos, conformando una «biografía digital» que se antepone a nuestra biografía real[16]. Y eso nos hace más vulnerables[17]. La cantidad creciente de datos disponibles en la red así como las posibilidades de analizarlos buscando patrones recurrentes y correlaciones dentro del conjunto suponen riesgos para los derechos fundamentales (Garriga, 2018: 108-113).

Estas posibilidades crecientes son las que aportan el elemento *cualitativo* que permite obtener información personal de un sujeto a partir de datos aparentemente irrelevantes (Martínez, 2007: 51; Pérez Luño, 2017: 343). Empleando la metáfora

16. La identidad digital no logra alcanzar a comprehender la complejidad de la subjetividad, su carácter cambiante e indefinido. Como afirma Maiëte van den Hoven, «las identificaciones hechas a partir de nuestros datos no llegan a respetar a la persona individual, ya que nunca coincidirán con la identidad tal y como la experimenta el sujeto de los datos. Falla porque no concibe al otro en sus propios términos. Por lo tanto, se puede considerar que el respeto por la privacidad de las personas tiene una dimensión epistémica. Es una forma de reconocer la "imposibilidad" de conocer realmente a otras personas y de percibir a los demás en sus propios términos» (Hoven, 1997: 37).
17. Solove señala que la toma de decisiones sobre nuestros datos se enfrenta con algunos problemas que impiden evaluar adecuadamente los costos y beneficios para prestar un consentimiento válido: problemas de escala, problemas de agregación y de evaluación a largo plazo y del impacto social (2013, pp. 23 y ss.). La autogestión de la privacidad pide a la gente tomar decisiones en un punto temprano en el tiempo y en una serie de casos aislados. Pero las verdaderas consecuencias para las personas por el uso de esa información no pueden ser conocidas cuando se toman estas decisiones (casi siempre en el momento de la recogida de datos, cuando sus futuros usos son aún inciertos). Además, las consecuencias son acumulativas, y no pueden ser evaluadas adecuadamente en una serie de operaciones aisladas. Estos problemas estructurales en la toma de decisiones sobre datos personales suponen un cambio esencial. No se trata solo de que es más difícil proteger la privacidad, sino que cambia el carácter del riesgo: el de la toma de decisiones basadas en el tratamiento de los datos (Mayer-Schönberger y Cukier, 2013: 188).

del panóptico, se ha mostrado cómo nuestras actividades públicamente observables, que se dispersan en el espacio y el tiempo, se reúnen y hacen visibles desde un solo punto, construyendo una imagen bastante detallada de nuestra vida privada (Reiman, 1995: 29). La tecnología del panóptico induce al individuo a un «estado de consciencia y visibilidad permanente que aseguran el funcionamiento automático del poder» (Foucault, 1982: 207-208). Pero se produce la paradoja de que junto a esa imagen de un control centralizado de nuestras vidas, la difusión y procesamiento de los datos se ha interpretado también recurrentemente bajo la imagen de una cultura generalizada de vigilancia representada en la famosa ficción orwelliana que ha sido ahora internalizada por todos los agentes públicos y privados: el espacio social digital está sumido en el voyerismo y la vigilancia (Staples, 2000: 130). Esa vigilancia u observación permanente es ahora flexible y móvil y se filtra en los más diversos ámbitos de la vida, contribuyendo los propios vigilados a proporcionar la información (Bauman y Lyon, 2013). Se expande ilimitadamente, así, la vigilancia y el control de la privacidad y el riesgo de suprimir la individualidad y, con ella, la posibilidad de pensamientos, ideas y acciones propias (Schwartz, 1999).

## V. LA DIMENSIÓN SOCIAL DE LA PRIVACIDAD

La dimensión social suele dejarse de lado desde el enfoque restrictivo dominante, que ha sido calificado como «autogestión de la privacidad» (Solove, 2013). Este asume que el objetivo de la protección de la privacidad es proporcionar a las personas el control sobre sus datos personales, permitiéndoles decidir cómo evaluar los costos y beneficios de recopilar y utilizar su información. Este marco es insuficiente en cuanto no toma en consideración que la privacidad es un valor que tiene relevancia social (Regan, 1995; Roessler y Mokrosinska, 2015). La cesión de los datos excede la elección individual, en cuanto que afecta a los fundamentos de las reglas sociales (Llaneza, 2019: 16). Podrían señalarse diversas bases que sustentan esta dimensión social del valor de la privacidad. Me voy a referir a cuatro de ellas: en primer lugar, la privacidad es un valor colectivo que requiere ser protegido entre todos; en segundo lugar, es un valor constitutivo de la democracia; en tercer lugar, lo privado debe contribuir a la pluralidad de la esfera pública; y, por último, tiene no solo una dimensión negativa de protección, sino también una dimensión positiva de control y participación, en cuanto que la mayoría de nuestras acciones y decisiones privadas está mediada o es facilitada por un oscuro entramado institucional que requiere transparencia y control públicos.

### 1. Privacidad como bien colectivo

La privacidad es un bien colectivo o público porque no puede ser proporcionado, manejado ni protegido de forma privada en el complejo contexto institucional comunicativo existente (Regan, 2015: 62-65). Las relaciones en que están insertos los individuos que

generan registros de datos son de tal extensión y magnitud que no existen opciones reales de proteger la propia vida íntima de modo individual. Prácticamente todas las esferas de interacción social están en nuestros días mediadas por las tecnologías de la información, al tiempo que el modo en que los datos se gestionan y difunden se ha vuelto demasiado complejo para que el usuario lo administre y controle. La regulación de la privacidad debería contribuir a alejar a las personas de la irracionalidad y la indiferencia al proporcionar información personal y a proteger a los más vulnerables (Allen, 2011)[18].

Pero, por otra parte, los datos personales tienen también un valor colectivo en el sentido de que constituyen un recurso común con utilidad general. Los poderes públicos deben contribuir a que ese valor que se ha creado colectivamente esté orientado del mismo modo al bien general. Ámbitos como la investigación científica, especialmente en el área de la salud, o la prestación de servicios públicos y la organización de los espacios públicos pueden verse enormemente beneficiados por el uso y tratamiento de datos que está ya presentando resultados muy alentadores. La protección de la privacidad puede suponer restringir muchos de tales usos cuando los datos contienen información personal. Pero el modo de enfrentar este problema no es presentando la privacidad como un derecho que entra en conflicto con otros, sino considerando el modo en que pueden ser adecuadamente especificados los deberes asociados a la privacidad sin ser un obstáculo a otros valores. Puesto que la determinación de los deberes se inscribe en contextos concretos y cambiantes, cuáles hayan de ser los deberes que genera la protección de la privacidad habrá de tener en cuenta el nuevo contexto digital, pudiendo no corresponder por completo con las implicaciones normativas de la privacidad en otras circunstancias (Vayena y Tasioulas, 2016: 9-10).

Los intereses a los que sirve la privacidad no tienen que ser atendidos necesariamente confiriendo al titular del derecho el control exclusivo sobre el flujo de datos, asumiendo, por otra parte, que siempre es posible contar con ese consentimiento, lo cual está lejos de ser obvio. El énfasis exclusivo en la protección de la intimidad puede dejar infrautilizados datos con enorme potencial público. Incluso si se reconoce que existe un interés legítimo en que otros no accedan a nuestra información personal sin autorización, las circunstancias y otros intereses igualmente valiosos son los que determinan si aquel interés genera un deber de protección y bajo qué condiciones. La regulación de la privacidad, desde esta perspectiva, debe orientarse a regular las condiciones bajo las cuales se permiten ciertos usos de datos, evitando los riesgos de discriminación y estigmatización, generando controles y habilitando oportunidades de elección individual. Por ello, «el problema más acuciante que suscita la protección de la intimidad frente a la informática no es tanto el impedir el proceso electrónico de informaciones, que

18. Carlos Fernández Barbudo considera que esta dimensión colectiva de la privacidad obliga a pensar en modos de protección que atiendan a la desigual relación de poder existente y proporcionen instrumentos de actuación y negociación colectiva, contribuyendo a un reparto también colectivo de los intereses generados por la explotación de los datos personales (2019b: 284).

son necesarias para el funcionamiento de cualquier Estado moderno, sino el asegurar un uso democrático de la *information technology*» (Pérez Luño, 2017: 345, 348). La recopilación de datos debe ser la mínima necesaria para un propósito legítimo y la transmisión y uso posterior de esa información ha de ser solo para propósitos compatibles con la recopilación inicial. Tales propósitos deben a su vez atender intereses públicos y no orientarse solo a la obtención de ganancias privadas. En todo caso, la cuestión de las condiciones y límites del uso de datos es una cuestión ética, pero, también, política, que habrá de decidirse entre todos (Tasioulas, 2016, p. 7).

## 2. Privacidad como elemento constitutivo de una sociedad democrática

La privacidad es un elemento constitutivo de la democracia (Schwarz, 1999). Es un elemento estructural de la vida democrática, en cuanto fundamento de una ciudadanía reflexiva (Cohen, 2013) y base para la libertad, la igualdad y la pluralidad (Cohen, 1996). Uno de los primeros autores que resaltaron la dimensión social de la privacidad escribió que el respeto a la misma enriquece la interacción social y personal al proporcionar contextos para el desarrollo de diversos tipos de relaciones y múltiples dimensiones de la personalidad (Schoeman, 1984: 413). La posibilidad de separarse de las presiones y el escrutinio colectivo capacita para formar juicios propios y disentir de las posiciones dominantes y reflejarlo en nuestra participación, asociación y expresión públicas. Ciertamente un exceso de privacidad puede servir para desmantelar la democracia, en cuanto favorecería una ciudadanía despreocupada de sus responsabilidades públicas. La democracia habrá de ser el resultado de un ajuste constante entre el derecho a ser dejado solo y las necesidades públicas. «Lejos de considerarse un elemento constitutivo de una sociedad democrática, la privacidad aparece como una contradicción tolerada, cuyas implicaciones deben reconsiderarse continuamente» (Simitis, 1987: 732). Pero la garantía de la capacidad de reflexión y elección personales es una condición indubitada de la democracia, que debe marcar los límites de la acción estatal. La garantía de la libertad y la igualdad individuales obliga a marcar una cierta separación entre lo privado y lo público, entre las elecciones personales y las elecciones colectivas (Lever, 2013: 41, 90 y ss.).

Lo anterior no implica la obligación de proteger todas las elecciones personales, sino la igual capacidad de todo sujeto para decidir qué fines cree razonables, valiosos o correctos; para perseguir sus propias concepciones del bien libremente y como un igual respecto de los demás. La importancia de reconocer que las personas tienen un interés en decidir acerca de su propia vida radica en que la otra cara del mismo es el deber de escuchar y respetar las opiniones morales de los demás, en lugar de asumir que estas pueden ser simplemente descartadas como infundadas o sin sentido siempre que entren en conflicto con nuestros intereses. El valor político de la privacidad complementa, así, su valor personal, siendo ambos relevantes: la capacidad para participar es tan valiosa como los aspectos de nuestra vida dedicados al cuidado de los demás o la búsqueda de

la felicidad, la verdad, la belleza, la fama o la excelencia (Lever, 2013: 97, 113). Ambos intereses no tienen por qué contradecirse.

El peligro radica en que lo personal y privado se use y manipule para determinar la acción política al margen de la participación consciente y reflexiva. Como afirma Morozov, uno de los más conocidos críticos del ciberutopismo, los ciudadanos no pueden ser simples proveedores de información para tecnócratas que todo lo ven y optimizan. Debería detenerse la deriva hacia un gobierno de los algoritmos en el que los ciudadanos pueden relajarse y dedicarse a sus preocupaciones privadas. La privacidad, además de un valor personal, es un medio para una democracia efectiva, haciendo de los ciudadanos sujetos, y no objetos, de las decisiones públicas. «Queremos espacios privados porque todavía creemos en nuestra capacidad de reflexionar sobre lo que aflige al mundo y encontrar una manera de solucionarlo, y preferiríamos no entregar esta capacidad a los algoritmos». Y el *Big Data*, con sus muchas bases de datos interconectadas que se nutren de información y algoritmos de dudosa procedencia, impone severas restricciones a la forma en que maduramos política y socialmente (Morozov, 2013).

## 3. Esfera pública digital y privacidad

Las redes sociales se han convertido en una extensión de la vieja esfera pública, suministran información y proporcionan un espacio para la discusión de asuntos políticos y sociales[19]. Existe ya una abundante literatura sobre el potencial de las redes sociales y operadores en Internet para fomentar y organizar vínculos sociales y formas de agregación política que regeneren la vida política, favoreciendo la participación plural y la incorporación de voces y problemas a la discusión pública. El entorno digital desempeña un papel esencial como prolongación del espacio público del discurso y las asociaciones. En sentido habermasiano, los problemas que se reflejan en el ámbito público «toman sus impulsos de la elaboración privada de problemas sociales que tienen resonancia en la vida individual» (1998: 446). Las asociaciones y movimientos sociales trasladan a la esfera pública las necesidades y preocupaciones particulares y privadas. Pero el proceso histórico de formación de la opinión pública no ha sido universalmente incluyente. La separación liberal entre lo público y lo privado ha resultado opresiva y excluyente respecto de las preocupaciones de ciertos individuos y grupos que reivindican en vano la publicidad de sus posiciones y percepciones. Las luchas contra la opresión en el mundo moderno siempre han comenzado redefiniendo asuntos que hasta ese momento se consideraban privados como cuestiones de interés público, problemas de justicia o instancias de poder que necesitan legitimación. «La publicidad democrática requiere garantías positivas de oportunidades para que las minorías convenzan a otros de que

19. Resolución de la Asamblea Parlamentaria del Consejo de Europa, «Social media: social threads or threats to human rights?», Comité de Cultura, Ciencia, Educación y Medios de Comunicación, redactada por José Cepeda, marzo, 2019: 6.

lo que en el pasado no era público en el sentido de ser una cuestión de interés común ahora debería volverse tal» (Fraser, 1992: 129). Lo privado y lo público no apelan así a esferas perfectamente delimitadas. En el discurso político, son términos poderosos que se emplean con frecuencia para deslegitimar algunos intereses, puntos de vista o problemas y para revalorizar otros. Qué sea lo privado no puede ser inaccesible al planteamiento crítico y reflexivo que caracteriza lo público. Y, a la inversa, lo público debe completarse con la propuesta crítica de quienes desde los márgenes luchan porque su experiencia, perspectivas y necesidades no sean despolitizadas. En una sociedad plural, la definición de algo similar al bien común solo puede ser el resultado de la interacción pública, que expresa, en lugar de ocultar, las particularidades (Young, 1990: 119). De este modo, la línea divisoria entre lo privado y lo público es renegociada y rearticulada en el propio discurso público, pudiéndose establecer de muchas y distintas maneras (Benhabib, 2006: 128).

Esa prolongación de lo privado hacia lo público puede contribuir a una acción común más incluyente. En el modelo arendtiano, alcanzamos nuestra humanidad, no en solitario, sino en un mundo plural compartido. No es desde un mundo introspectivo desde donde se construye y se afirma la propia existencia, sino desde la interrelación con los otros compartiendo un mundo común. Su posibilidad «radica en la simultánea presencia de innumerables perspectivas y aspectos en los que se presenta el mundo común y para el que no cabe inventar media o denominador común» (Arendt, 2005: 77). Al aparecer y actuar junto a otros cada uno puede desarrollar sus posibilidades de ser distinto, lo que supone la capacidad de penetrar en el espacio público con nuevas subjetividades y nuevas narrativas (2005: 206). Así, si la perspectiva liberal de la privacidad implica la protección del individuo frente al ámbito de la acción colectiva, la perspectiva política o democrática supone que la acción colectiva se organice de tal modo que incorpore circunstancias personales de los gobernados.

Las redes sociales aumentan la posibilidad de que los puntos de vista, opiniones y asuntos individuales se incorporen a la esfera pública. Las tecnologías de la información tienen el potencial de generar modos de integración en cuanto que favorecen la puesta en común de una pluralidad de posiciones particulares. Permiten hacer visible y llevar a la esfera pública preocupaciones y necesidades que no llegan a incorporarse al debate político-institucional. Frente al distanciamiento y extrañamiento del espacio público característico del modelo liberal, el espacio digital podría favorecer el acercamiento y preocupación por los otros plurales y diversos. Pero la realidad no está siendo completamente así.

Las plataformas digitales sociales se han convertido en marcos que, al hacer accesible el conocimiento y favorecer la interacción y la formación de la opinión pública, disponen de un grado relativo de poder y responsabilidad (Jaume Palasí y Spielkamp, 2017: 18). La compleja organización actual de las tecnologías de la información basada en algoritmos gobierna de hecho, puesto que conforme a ellos se decide qué información se incluye en un análisis; se prevén, planifican y ejecutan transformaciones en los datos; y actúan como filtros y espejos, seleccionando y reflejando la información que

tiene sentido dentro de la lógica computacional del algoritmo y de las culturas humanas que crearon esa lógica (Ananny, 2016: 97-98). Estos sistemas socio-técnicos no son simplemente sistemas de información tecnológica, sino sistemas complejos interdependientes de artefactos técnicos, prácticas culturales, actores sociales y significados situados (Regan, 2015: 51). Se habla, en este sentido, de las tecnologías regidas por algoritmos como instituciones debido a su poder para estructurar los comportamientos de los usuarios, influir en la formación de preferencias y configurar decisiones acerca de la producción de contenidos mediante mecanismos que son de naturaleza tecnológica pero que se desarrollan en el marco de procesos sociales complejos (Napoli, 2014: 343). Las instituciones estructuran y moldean la vida social, determinando y constriñendo las actuaciones individuales y colectivas. En el marco del entramado institucional de las tecnologías de la información, tanto los comportamientos individuales como las conversaciones públicas se ven informados y restringidos por el modo en que el conocimiento se construye y codifica institucionalmente. No es propiamente una estructura de poder esencialmente político o económico, sino de un tipo diferente de naturaleza corporativa.

Y la realidad de esa estructura institucional digital es la de una acción fragmentada, manipulada y cada vez más polarizada. Las tecnologías digitales contribuyen a una simplificación excesiva de la pluralidad para ajustarla a modelos genéricos. Discriminan la información que recibe cada sujeto en función de sus intereses y perfil ideológico, reforzando, de este modo, sus prejuicios, contribuyendo a la formación de sectores enfrentados y fragmentando el cuerpo político. Los denominados filtros burbuja seleccionan y restringen la información que llega a cada individuo, aislándole en grupos ideológica y culturalmente afines y desconectándole de informaciones que desafíen sus posiciones. Esta segregación de la información no solo tiene un efecto negativo en la autonomía individual, sino también en la esfera política. La información sesgada reduce la pluralidad y dificulta el intercambio de puntos de vista y la posibilidad de acceder a información diversa, que es la que permitiría cuestionarse las posiciones propias e incentivar la crítica y el disenso. Asimismo, las instituciones mediadoras del espacio público digital generan y albergan públicos diversos con poca o nula interrelación entre ellos y con carácter efímero, dependiente del contenido de la deliberación, desapareciendo la pluralidad del mundo común. El problema que esto supone es que el espacio público se limita a ser la repetición de una particularidad concreta en lugar de reflejar la diversidad del mundo y, por tanto, la igualdad es más de carácter identitario que de capacidad de juicio (Fernández Barbudo, 2019a: 155, 159-161).

Para que las potencialidades de la esfera pública digital como esfera incluyente puedan llegar a ser reales son necesarias ciertas precondiciones, como su carácter accesible, seguro y abierto. La privacidad es una de esas precondiciones esenciales. El discurso público presupone individuos autónomos con capacidad de reflexión y crítica. Al mismo tiempo, la confidencialidad y el anonimato se hacen necesarias en una esfera pública integradora. «¿Quién va a hablar o escuchar cuando este comportamiento deje

rastros de datos detallados de una manera que sea difícil de entender o anticipar?» (Schwartz, 1999: 1650-1651)[20].

## 4. Privacidad y control sobre el proceso

El entorno digital está generando una estructura de poder difusa y desigualitaria cuyo control viene exigido por la dimensión social de la privacidad. Considerar la privacidad como un interés social implica cambiar el enfoque: no es tanto que el individuo sea el que tenga la opción de controlar la información que le atañe cuanto que sea posible controlar de modo colectivo la propia organización de la información para que pueda aparecer como justificada[21]. Si la extensión de la idea de intimidad a la esfera privada supone la idea de control sobre lo que se revela y lo que no, la dimensión social de la privacidad alude al control sobre el proceso que de modo difuso hace que nuestros datos sean recopilados, procesados y usados. La metáfora que expresa esta situación no es tanto la del *Gran Hermano* o el *Panóptico* y su imagen de vigilancia extrema cuyo fin es la supresión de la individualidad, sino la de *El Proceso* de Franz Kafka (Solove, 2001: 1419 y ss.). Su descripción de los poderes oscuros capta el sentido de indefensión, frustración y vulnerabilidad que se experimenta cuando una organización o estructura tiene control sobre muchos detalles de nuestras vidas sin que nosotros sepamos qué ocurre (¿quién sabe qué? ¿cuánto saben? ¿cómo nos afecta ese conocimiento? ¿para qué se va a emplear?) y cuando las decisiones son adoptadas sobre la base de esos datos sin que tengamos ninguna capacidad de participar en la adopción de la decisión ni de defendernos frente a ella[22]. De acuerdo con esta metáfora, el problema principal del procesamiento de datos es el modo en que se trata a los individuos y a la información

20. La cuestión es más amplia que la de la participación en redes sociales y puede plantearse con otras tecnologías que emplean la inteligencia artificial, como el empleo de técnicas de reconocimiento facial para identificar y vigilar en espacios públicos.
21. La cuestión de la privacidad ya no se limita a *si* los datos personales deben ser recopilados y procesados, sino que versa también sobre *cómo* deberían ser usados esos datos. Las normas jurídicas deben constituir las condiciones para que el uso de la información personal no impida que los individuos se liberen de la intimidación por parte del Estado o la comunidad (Schwartz, 1994: 559 y 561). Zarsky considera que el proceso de tratamiento de datos debe ser «interpretable» en el sentido de que las razones de las decisiones a las que conducen los algoritmos sean comprensibles para los humanos y tales decisiones no sean sin más el resultado de correlaciones de hechos previos (Zarsky, 2013: 305-306). En otro momento, el autor afirma que «si los individuos se ven afectados por el modelo predictivo, tienen derecho a entender por qué. Deben recibir una explicación sobre los criterios de decisión y la lógica detrás de estas acciones» (*ibídem*: 317). Marmor habla de que cualquier cambio o manipulación en el entorno que hace razonablemente predecible el flujo de las informaciones personales que disminuya significativamente la capacidad de controlar la información que se revela tendría que poder ser justificado adecuadamente (2014: 11).
22. Paul Schwartz considera que la insuficiencia del modelo de privacidad como control de los datos por el individuo para el entorno virtual se debe a cuatro causas: la «brecha de conocimiento», relativa a la ignorancia generalizada con respecto a los términos que regulan la difusión en Internet de la información personal; la «falacia de consentimiento» y la «trampa de la autonomía», consecuencia de las circunstancias en que se acuerda el uso de datos que resultan insuficientes para considerar el consentimiento informado y voluntario y convierten los actos formales de consentimiento en un ritual vacío; y, por último, la ilusión del aislamiento

relativa a ellos, conforme a una estructura informal que obedece a lógicas y sistemas diversos ajenos al sujeto (de carácter económico, cultural, político, estratégico, etc.). Los procesos de toma de decisiones formalizados «se ejercen cada vez con mayor frecuencia en una esfera más amplia de nuestras vidas, y tenemos poco poder y poco que decir dentro de un sistema de este tipo, que tiende a estructurar nuestra participación en formas estandarizadas que no nos permiten alcanzar nuestras metas, deseos y necesidades» (Solove, 2001: 1422).

La privacidad en este sentido aparece como una cuestión acerca del poder en nuestras sociedades. El problema del manejo de datos personales es que desempodera a las personas, les deja sin un control significativo de sus vidas. Las define y juzga conforme a los datos disponibles, sacados de su propio contexto, agregados y categorizados. Muchas decisiones se adoptan sobre la base de esos *bits* de *información* que se identifican sin más fundamento con *conocimiento* sobre la persona (Rosen, 2000). No es el sujeto en sí el que toma decisiones, sino que las decisiones se adoptan de modo semi-automatizado sobre la base de criterios respecto de los que no existe suficiente control ni transparencia[23]. Para que esas decisiones puedan aceptarse como justificadas deberían satisfacer una serie de exigencias, tales como que la información haya sido tratada de modo reflexivo, que las personas sean consideradas con respeto y dignidad, o que tengan una participación significativa en el uso y resultados de la información (Solove, 2001: 1461-1462). Se ha hablado, en este sentido, del «debido proceso tecnológico» en relación con las garantías de control e imparcialidad exigibles tanto respecto del diseño y uso de los algoritmos predictivos como respecto de la toma de decisiones individuales conforme a ellos (Citron y Pasquale, 2014: 19; Steinbock, 2005).

Las responsabilidades en la modificación de la situación actual y la consolidación de estructuras justificadas y transparentes para el procesamiento de datos han de recaer tanto en las autoridades públicas como en las organizaciones privadas. Podría hacerse extensiva a la situación de injusticia generada por la infraestructura socio-técnica de información de nuestros días el modelo de la responsabilidad en contextos de injusticia estructural de Iris Marion Young. Conforme al mismo, la responsabilidad de cada agente para rectificar la injustica estructural depende de las posiciones que ocupan respecto a tal estructura. Para ello proporciona una serie de parámetros de razonamiento que puede emplear cada agente u organización para determinar lo que debe hacer. Tales parámetros son: la posición de poder o de influencia sobre los procesos que producen la injusticia; la situación de privilegio o de beneficio respecto de tales procesos; el interés en la superación de la injusticia; y la capacidad colectiva para cambiar la situación injusta, esto es, la importancia de la organización para ejercer más eficazmente la responsabilidad (Young, 2011: 150-154). Es indudable que los operadores digitales

de los datos (Schwartz, 1999: 1660-1663 y 1682-1685). El autor habla de una «infraestructura técnica opaca» que condiciona la privacidad en Internet (1990: 1683).

23. No se trata solo de descifrar los códigos algorítmicos, sino de desentrañar el entramado de decisiones humanas y no humanas que configuran una estructura de códigos, normas y prácticas que funcionan con poca transparencia (Ananny, 2016: 98-99).

privados han adquirido una responsabilidad especial debido al enorme poder que les confiere la ingente cantidad de datos que poseen y pueden usar, el control que ejercen sobre las herramientas tecnológicas que se emplean para recopilarlos y tratarlos y los enormes beneficios económicos que todo ello les reporta. De ahí, el deber especial del sector privado de actuar con imparcialidad, transparencia y responsabilidad bajo la guía de instituciones publicas, que han de velar por la garantía de los bienes y fines colectivos asociados a la privacidad. Determinar si la vía de la «responsabilidad proactiva» comenzada por el Reglamento General de Protección de Datos europeo, es la más adecuada para traducir jurídicamente aquella responsabilidad es una cuestión que excede la pretensión de este trabajo. El modelo se inspira en la idea anglosajona de la *accountability* como exigencia moral y política de hacerse responsable de las acciones propias, pero el riesgo de que esta construcción acabe siendo un elemento burocrático más sin virtualidad para hacer efectivamente responsables a las empresas de abordar la analítica de datos «desde la perspectiva de perseguir el bien común» (Martínez, 2017: 161) merece un tratamiento sosegado.

## VI. CONCLUSIONES

A lo largo del recorrido por los ámbitos de la privacidad han ido apareciendo una pluralidad de intereses dignos de protección. Tales intereses se podrían agrupar en torno a la capacidad y responsabilidad del individuo de pensar, elegir, vivir y participar. En el primer grupo se englobarían la posibilidad de aislamiento y la aspiración a un espacio libre de evaluaciones y riesgos, sin interferencia o vigilancia. El segundo grupo incorpora la capacidad de hacer elecciones autónomas, de elegir un plan de vida propio y de apropiación crítica de las tradiciones y culturas, teniendo el control de las decisiones relevantes que afectan al propio sujeto. En este sentido, la privacidad protege al individuo en su personalidad particular, en sus decisiones propias que no vienen impuestas por modelos abstractos de sujeto, ofreciéndole un control sobre la definición de sí mismo que se proyecta al exterior. Al tercer grupo pertenecería la libertad para perseguir y desarrollar las elecciones hechas, el interés en formar y mantener relaciones íntimas y asociativas diversas, teniendo la capacidad de elegir cómo queremos presentarnos ante los demás y presentar diferentes aspectos de nosotros mismos en diferentes contextos. Inaccesibilidad, confidencialidad y control sobre los modos en que los demás se inmiscuyen en nuestra vida íntima o nos fiscalizan integran la privacidad en este sentido, que incluye el control sobre la información de datos personales especialmente sensibles. Si la privacidad ampara las condiciones para la constitución autónoma del individuo y el respeto a las diferencias particulares, en el cuarto grupo se ubicarían los intereses de todo individuo a ser tratado como par por el resto de miembros de la comunidad, como ser digno de respeto y dotado de capacidad decisoria en el marco de un mutuo reconocimiento. Este sentido está especialmente presente en la dimensión social y política de la privacidad. Adquiere especial significación en el entorno digital, incluyendo

intereses relativos a un uso democrático de las tecnologías de la información, entre los que me he referido al control sobre el proceso institucional de recopilación y uso de datos, al interés en conocer de modo no fragmentario ni sesgado las informaciones públicas y participar en los esquemas de justificación de los sistemas socio-técnicos que condicionan decisiones y acciones o a la capacidad de penetrar en lo público desde nuestras posiciones y preocupaciones. Todo ello está en juego en nuestras discusiones sobre la privacidad.

Si los intereses son diversos también debe serlo el modo en que se pueden configurar las medidas protectoras. No requiere lo mismo la garantía de un espacio de aislamiento libre de vigilancia y riesgos que la reglamentación del marco institucional que puede hacer posible una esfera pública igualitaria y plural. Estos son, quizá, los aspectos más relevantes a tener en cuenta al reflexionar en nuestros días sobre la privacidad. Por una parte, evitar la destrucción de la personalidad y el acaparamiento de lo íntimo por la agregación de datos y la generación de perfiles que simplifican en exceso la complejidad de la subjetividad y que no respetan la forma en que el propio sujeto percibe su singularidad, poniéndolo a disposición de intereses que le trascienden. Por otra parte, reglamentar el uso de las tecnologías de la información para convertirlas en un espacio público igualitario, plural y abierto. La solución a los principales problemas de la privacidad pasa necesariamente por una solución normativa. Es necesaria una regulación del entorno digital que haga posibles diseños que tengan en cuenta los intereses personales y públicos que están detrás de la privacidad. El modelo para ello no puede quedar reducido a un modelo de autogestión de la privacidad que no tiene en cuenta que poner en riesgo la privacidad es, sobre todo, poner en riesgo un modelo de lo público democrático y plural.

## VII. BIBLIOGRAFÍA

Alexander, Sally, 1998: «Una habitación propia: las utopías de las mujeres en los años 20», *Arenal. Revista de Historia de las mujeres*, 5 (1): 131-150

Allen, Anita, 1988: *Uneasy Access. Privacy for Women in a Free Society,* New Jersey: Rowman & Littlefield Publishers

Allen, Anita, 2011: *Unpopular Privacy: What Must We Hide?*, New York: Oxford University Press

Amorós, Celia, 1991: *Hacia una crítica de la razón patriarcal*, Barcelona: Anthropos

Ananny, Mike, 2016: «Toward an ethics of algorithms convening, observation, probability, and timeliness», *Science, Technology & Human Values*, 41 (1): 93-117

Arendt, Hannah, 2005: *La condición humana*, Barcelona: Paidós

Asamblea Parlamentaria del Consejo de Europa, 2019: Resolución sobre «Social media: social threads or threats to human rights?», Comité de Cultura, Ciencia, Educación y Medios de Comunicación, redactada por José Cepeda

Baudelaire, Charles, 2009: «El pintor de la vida moderna», *Arte y Modernidad*, Buenos Aires: Prometeo Libros

Bauman, Zygmunt y Lyon, David, 2013: *Vigilancia líquida*, Barcelona: Paidós

Béjar, Helena, 1988: *El ámbito íntimo. Privacidad, individualismo y modernidad*. Madrid: Alianza

Benhabib, Seyla, 2006: «Modelos de espacio público. Hannah Arendt, la tradición liberal y Jürgen Habermas», en *El ser y el otro en la ética contemporánea. Feminismo, comunitarismo y posmodernismo*, Barcelona: Gedisa: 105-138

Bok, Sissela, 1983: *On the Ethics of Concealment and Revelation*, New York: Vintage Books

Camps, Victoria, 1989: «La reconstrucción de lo público y lo íntimo», en Castilla del Pino (ed.), *De la intimidad*, Barcelona: Crítica: 59-75

Castells, Manuel, 2009: *Comunicación y poder*, Madrid: Alianza

Castilla del Pino, Carlos, 1989a: Introducción a Castilla del Pino (ed.), *De la intimidad*, Barcelona: Crítica: 9-16

Castilla del Pino, Carlos, 1989b: «Público, privado, íntimo», en Castilla del Pino (ed.), *De la intimidad*, Barcelona: Crítica: 25-31

Cate, F. H., 2000: «Principles on Internet Privacy», *Connecticut Law Review*, 32: 877-896

Citron, Danielle y Pasquale, Frank, 2014: «The Scored Society, Due Process for Automated Predictions», *Washington Law Review*, 89: 1-33

Cohen, Jean L., 1996: «Democracy, Difference and the Right of Privacy», en S. Benhabib (ed.), *Democracy and Difference: Contesting the Boundaries of the Political*, Princeton: Princeton University Press: 187-217

Cohen, Jean L., 1999: «Para pensar de nuevo la privacidad: la autonomía, la identidad y la controversia sobre el aborto», *Debate Feminista*, 19: 9-53

Cohen, Julie E., 2013: «What privacy is for?», *Harvard Law Review*, 126 (7): 1904-1933

Díaz Rojo, José Antonio, 2002: «Privacidad: ¿neologismo o barbarismo?», *Espéculo. Revista de estudios literarios*, Universidad Complutense de Madrid

Dworkin, Ronald, 2003: *Virtud soberana. La teoría y la práctica de la igualdad*, Barcelona: Paidós

Fernández Barbudo, Carlos, 2019a: «El nuevo concepto de privacidad: la transformación estructural de la visibilidad», *Revista de Estudios Políticos*, 185: 139-167

Fernández Barbudo, Carlos, 2019b: «Privacidad (digital)», *Eunomía. Revista en Cultura de la Legalidad*, 17: 276-288

Foucault, Michel, 1982: *Vigilar y castigar. Nacimiento de la prisión*, México: Siglo XXI

Fraser, Nancy, 1992: «Rethinking the Public Sphere: A Contribution to the Critique of Actually Existing Democracy», en Craig Calhoun (ed.), *Habermas and the Public Space*, Cambridge: The MIT Press: 109-142

Fried, Charles, 1968: «Privacy», *The Yale Law Journal*, 77 (3): 475-493

Garriga Domínguez, Ana, 2018: «La elaboración de perfiles y su impacto en los derechos fundamentales. Una primera aproximación a su regulación en el Reglamento General de Protección de Datos de la Unión Europea», *Derechos y libertades*, 38: 107-139

Garzón Valdés, Ernesto, 2003: «Lo íntimo, lo privado y lo público», *Claves de Razón Práctica*, 137: 14-24

Gavison, Ruth, 1980: «Privacy and the Limits of Law», *Yale Law Journal*, 89: 421-71

Gerstein, Robert S., 1978: «Intimacy and Privacy», *Ethics*, 89 (1): 76-81

Habermas, Jürgen, 1998: *Facticidad y validez. Sobre el Derecho y el Estado Democrático de Derecho en términos de Teoría del Discurso*, Madrid: Trotta

Hoven, Jeroen van den, 1997: «Privacy and the Varieties of Informational Wrongdoing», *Computers and Society*, 27 (3): 33-37

Iglesia, Anna M.ª, 2019: *La revolución de las flâneuses*, Girona: Wunderkammer

Innes, Julie C., 1992: *Privacy, Intimacy and Isolation*, New York: Oxford University Press

Jaume-Palasí, Lorena y Spielkamp, Matthias, 2017: «Ethics and algorithmic processes for decision making and decision support», *AlgorithmWatch Working Paper*, 2: 1-18

Kang, Jerry, 1998: «Information Privacy in Cyberspace Transactions», *Stanford Law Review*, 50: 1193-1294

Laporta, Francisco, 2018: «Los confines del Derecho: una invitación al debate», *Revista Jurídica de la Universidad Autónoma de Madrid*, 37: 21-44

Lever, Annabelle, 2013: *A Democratic Conception of Privacy*, Bloomington: Authorhouse

Llaneza, Paloma, 2019: *Datanomics*, Barcelona: Deusto

Lucas Murillo, Pablo, 1999: «El derecho a la autodeterminación informativa. Observaciones desde la experiencia española», *Revista de la Academia de la Magistratura*, 2: 23-34

Lucena-Cid, Isabel, 2012: «La protección de la intimidad en la era teconlógica: hacia una reconceptualización», *Revista Internacional de Pensamiento Político*, 7: 117-144

Lyon, David, 2007: *Surveillance Studies. An Overview*, Cambridge: Polity Press

Marcilla, Gema, 2015: «Sistemas de seguridad basados en la vigilancia masiva. Una mirada al Derecho penal de máximos desde las revelaciones de Edward Snowden», en A. Doval (dir.), *Nuevos límites penales para la autonomía individual y la intimidad*, Pamplona: Aranzadi: 241-280

Margalit, Avishai, 1996: *The Decent Society*, Cambrige, Mass.: Harvard University Press

Marmor, Andrei, 2014: «What Is the Right to Privacy?», *Legal Studies Research Papers Series* 14-13: 1-23

Martínez, Ricard, 2007: «El derecho fundamental a la protección de datos: perspectivas», *Revista de los Estudios de Derecho y Ciencia Política de la UOC*, 5: 47-61

Martínez, Ricard, 2014: «Privacidad, EE.UU y España. Tan lejos tan cerca», *Telos. Cuadernos de Comunicación e innovación*, 97: 1-9

Martínez, Ricard, 2017: «Cuestiones de ética jurídica al abordar proyectos de Big Data. El contexto del Reglamento general de protección de datos», *Dilemata*, 24: 151-164

Martínez de Pisón, José, 2016: «El derecho a la intimidad: de la configuración inicial a los últimos desarrollos en la jurisprudencia constitucional», *Anuario de Filosofía del Derecho*, XXXII: 409-430

Mayer-Schönberger, Viktor y Cukier, Kenneth, 2013: *Big Data. A Revolution that Will Transform How We Live, Work, and Think*, New York: Houghton Mifflin Harcourt

Mill, John Stuart, 1977: «On Liberty», en Robson, John M. (ed.), *The Collected Works of John Stuart Mill*, vol. XVIII, *Essays on Politics and Society Part I,* Toronto y London: University of Toronto Press & Routledge and Kegan Paul

Mittelstadt, Brent D., Allo, Patrick, Taddeo, Mariarosaria, Wachter, Sandra y Floridi, Luciano, 2016: «The ethics of algorithms: Mapping the debate», *Big Data & Society*, 3 (2): 1-21

Monasterio, Aníbal, 2017: «Ética algorítmica: Implicaciones éticas de una sociedad cada vez más gobernada por algoritmos», *Dilemata*, 24: 185-217

Moore, Adam, 2003: «Privacy: Its Meaning and Value», *American Philosophical Quarterly*, 40: 215-227

Morozov, Evgeny, 2013: «The Real Privacy Problem», *MIT Technology Review*, https://www.technologyreview.com/s/520426/the-real-privacy-problem/ (Último acceso 18/10/2019)

Nagel, Thomas, 1998: «Concealment and Exposure», *Philosophy & Public Affairs*», 27 (1): 3-30

Napoli, Philip M., 2014: «Automated Media: An Institutional Theory Perspective on Algorithmic Media Production and Consumption», *Communication Theory*, 24 (3): 340-360

Newport, Cal, 2019: *Digital Minimalism: Choosing a Focused Life in a Noisy World*, New York: Portfolio/Penguin

Nissenbaum, Helen, 2004: «Privacy as Contextual Integrity», *Washington Law Review*, 79 (1): 101-139

Parent, William, 1983: «Privacy, Morality and the Law», *Philosophy and Public Affairs*, 12: 269-88

Pariser, Eli, 2017: *El filtro burbuja. Cómo la red decide lo que leemos y lo que pensamos*, Madrid: Taurus

Pérez Luño, Antonio Enrique, 2000: «La tutela de la libertad informática en la sociedad globalizada», *Isegoría*, 22: 59-68

Pérez Luño, Antonio Enrique, 2017: *Derechos humanos, Estado de Derecho y Constitución*, Madrid: Tecnos, 11.ª ed.

Post, Robert C., 2001: «Three Concepts of Privacy», *Georgetown Law Journal*, 89 (6): 2087-2098

Rachels, James, 1975: «Why Privacy is Important?», *Philosophy & Public Affairs*, 4 (4): 323-333

Regan, Priscilla, 1995: *Legislating privacy: Technology, social values and public policy*, Chapel Hill: The University of North Carolina Press

Regan, Priscilla, 2015: «Privacy and the Common Good: Revisited», en Roessler, Beate y Mokrosinska, Dorota (eds.), *Social Dimensions of Privacy. Interdisciplinary Perspectives*, Cambridge: Cambridge University Press: 50-70

Reiman, Jeffrey, 1976: «Privacy, Intimacy, and Personhood», *Philosophy & Public Affairs*, 6, (1): 26-44

Reiman, Jeffrey, 1995: «Driving to the Panopticon: A Philosophical Exploration of the Risks to Privacy Posed by the Highway Technology of the Future», *Santa Clara Computer & High Technology Law Journal*, 11: 27-44

Roessler, Beate y Mokrosinska, Dorota (eds.), 2015: *Social Dimensions of Privacy. Interdisciplinary Perspectives*, Cambridge: Cambridge University Press

Rosen, Jeffrey, 2000: *The Unwanted Gaze: The Destruction of Privacy in America*, New York: Vintage Books

Schauer, Frederick, 2003: «The Social Construction of Privacy», en Craig L. LaMay, *Journalism and the Debate Over Privacy*, Mahwah, NJ: Lawrence Erlbaum

Schermer, Bart W., 2011: «The limits of privacy in automated profiling and data mining», *Computer Law & Security Review*, 27 (1): 45-52

Schoeman, Ferdinand, 1984: «Privacy and Intimate Information», en Schoeman, F. (ed.), *Philosophical Dimensions of Privacy*, Cambridge: Cambridge University Press: 403-18

Schwartz, Paul M., 1994: «Privacy and Participation: Personal Information and Public Sector Regulation in the United States», *Iowa Law Review*, 80: 553-618

Schwartz, Paul M., 1999: «Privacy and Democracy in Cyberspace», *Vanderbilt Law Review*, 52: 1609-1701

Sibilia, Paula, 2009: *La intimidad como espectáculo*, Buenos Aires: Fondo de Cultura Económica

Simitis, Spiros, 1987: «Reviewing Privacy in an Information Society», *University of Pennsylvania Law Review*, 135 (3): 707-746

Solove, Daniel J., 2001: «Privacy and Power: Computer Databases and Metaphors for Information Privacy», *Stanford Law Review*, 53: 1393-1462

Solove, Daniel J., 2013: «Privacy Self-Management and the Consent Dilemma», *Harvard Law Review*, 126: 1880-1903

Staples, William G., 2000: *Everyday Surveillance: Vigilance and Visibility in Postmodern Life*, Oxford: Rowman & Littlefield Publishers

Steinbock, Daniel J., 2005: «Data matching, data mining, and due process», *Georgia Law Review*, 40 (1): 1-86

Tasioulas, John, 2016: «Big Data, Human Rights and the Ethics of Scientific Research», accesible en https://www.abc.net.au/religion/big-data-human-rights-and-the-ethics-of-scientific-research/10096298 (último acceso 17/10/19)

Thomson, Judith J., 1975: «The Right to Privacy», *Philosophy & Public Affairs*, 4 (4): 295-314

Toniatti, R., 1991: «Libertad Informática y Derecho a la Protección de los datos Personales: Principios de Legislación Comparada», *Revista Vasca de Administración Pública*, 29: 139-162

Toscano, Manuel, 2017: «Sobre el concepto de privacidad: la relación entre privacidad e intimidad», *Isegoría. Revista de Filosofía Moral y Política*, 57: 533-552

Vayena, Effy y Tasioulas John, 2016: «The dynamics of big data and human rights: the case of scientific research», *Philosophical Transactions*, Royal Society Publishing

Wacks, Raymond, 2010: «Should the Concept of Privacy be Abandoned?», *Law, Morality, and the Private Domain*, Hong Kong: Hong Kong University Press: 235-248

Wachter, Sandra y Mittelstadt, Brent, 2019: «A right to reasonable inferences: re-thinking data protection law in the age of Big Data and AI», *Columbia Business Law Review*: 1-85

Wasserstrom, Richard A., 1984: «Privacy: Some arguments and assumptions», en F. Schoeman (ed.), *Philosophical Dimensions of Privacy: An Anthology*, Cambridge: Cambridge University Press: 317-332

Westin, Alan F., 1967: *Privacy and Freedom*, New York: Atheneum

Whitman, James Q., 2004: «The Two Western Cultures of Privacy: Dignity versus Liberty», *The Yale Law Journal*, 113 (6): 1151-1222

Woolf, Virginia, 2008: *Una habitación propia*, Barcelona: Seix Barral

Young, Iris Marion, 1990: *Justice and the Politics of Difference*, Princeton: Princeton University Press, Princeton

Young, Iris Marion, 2011: *Responsabilidad por la justicia*, Madrid: Ediciones Morata

Zarsky, Tal, 2013: «Transparency in Data Mining: From Theory to Practice», en Bart Custers, Toon Calders, Bart Schermer y Tal Zarsky (eds.), *Discrimination and Privacy in the Information Society*, Berlin: Springer: 301-324

Zuboff, Shoshana, 2019: *The Age of Surveillance Capitalism: The Fight for a Human Future at the New Frontier of Power,* New York: Public Affairs

Doxa. Cuadernos de Filosofía del Derecho, (2020), *43*
e-ISSN: 2386-4702 | ISSN: 0214-8676

# ¿Existe un derecho humano a inmigrar? Una crítica del argumento de la continuidad lógica

## Is There a Human Right to Immigrate? A Critic of the Argument of Logical Continuity

Federico Arcos Ramírez

**Autor:**
Federico Arcos Ramírez
Universidad de Almería, España
farcos@ual.es
https://orcid.org/0000-0002-3578-3637

**Recibido:** 15-12-2018
**Aceptado:** 3-9-2019

**Citar como:**
Arcos Ramírez, Federico, (2020). ¿Existe un derecho humano a inmigrar? Una crítica del argumento de la continuidad lógica. Doxa. Cuadernos de Filosofía del Derecho, *43*, pp. 285-312. https://doi.org/10.14198/DOXA2020.43.11

**Licencia:**
Este trabajo se publica bajo una Licencia Creative Commons Atribución 4.0 Internacional.

© Federico Arcos Ramírez

**Resumen**

A través del argumento *cantilever* o de la continuidad lógica, Carens sostiene que las mismas razones que avalan el reconocimiento como un derecho humano de la libertad de circulación dentro de las fronteras, justifican una protección similar para la posibilidad de moverse a través de ellas. Este artículo trata de profundizar en las críticas que cuestionan de modo más serio esta tesis: la visión de la libertad de movimiento como un derecho no unido a la personalidad sino a la ciudadanía, su consideración como un medio para acceder únicamente a una gama adecuada de opciones de vida, el argumento de la prioridad de la justicia igualitaria doméstica frente a una movilidad internacional dirigida a satisfacer intereses no vitales, y la concepción del *ius migrandi* como un derecho de «*fuga*». A partir del examen de estos argumentos críticos y, con el telón de fondo de la polémica entre las concepciones ética y política de los derechos humanos, expondré mis propias conclusiones sobre la existencia o no de un derecho humano a la movilidad internacional.

**Palabras clave**: derecho a la movilidad internacional; inmigración; gama adecuada de opciones de vida; justicia global; compatriotas; concepciones ética y política de los derechos humanos.

**Abstact**

Through cantilever argument or logical continuity, Carens argues that the same reasons that support to recognize as a human right the freedom of movement within

* Este trabajo se enmarca en el proyecto de investigación UAL-FEDER «Control de Fronteras y Derechos Humanos en el Mediterráneo» UAL18-SEJ-C004-B. Agradezco a Juan Carlos Velasco e Isabel Turégano la generosidad para leerlo y trasladarme sus observaciones sobre las tesis defendidas en el mismo. Extiendo este agradecimiento a Thomas Casadei, Francesco de Vanna y Simone Scagliarini, por el diálogo que pude mantener sobre el tema durante una visita al *Centro di Ricerca Interdipartimentale su Discriminazioni e vulnerabilità* (UNIMORE) de la Universidad di Modena e Reggio Emilia.

borders justify a similar protection for the freedom to move across them. This article attempt to deepen the criticisms that most seriously question this thesis: the vision of freedom of movement as a right not linked to personality but to citizenship, its consideration of freedom of movement as a means to access solely an adequate range of life options, the argument of the priority of domestic egalitarian justice versus international mobility to satisfy non-vital preferences and the conception of *ius migrandi* as a right of «fugue». From the examination of these critical arguments and, as with the backdrop of the controversy between the ethical and political conceptions of human rights, I will present my own conclusions about the existence or not of a human right to international mobility.

**Keywords:** right to international mobility; immigration, adequate range of life options; global justice; compatriots; human rights; ethical and political conceptions of human rights.

«… de derecho natural y de derecho de las gentes, cada uno tiene libertad de andar por donde quisiere, con tal que no sea enemigo ni haga mal; y aunque echar a uno de una ciudad para que se vaya a su tierra no sea tan formalmente destierro, empero prívanle del derecho que tiene, del cual no le pueden privar sino por culpa. De aquí se colige que, pues en pedir por Dios el que es verdaderamente pobre ninguna culpa ni crimen comete, no hay por donde le echar de ningún lugar»
(Domingo de Soto, 1545)

## 1. INTRODUCCIÓN: EN BUSCA DE LA SIMETRÍA «PERDIDA» ENTRE LA LIBERTAD DE MOVIMIENTO DENTRO Y A TRAVÉS DE LAS FRONTERAS

Con la extensión del reconocimiento de los derechos civiles a los miembros de minorías étnicas y religiosas y, posteriormente, la progresiva extensión del derecho al sufragio a sectores cada vez más amplios de la sociedad, cabría pensar que, salvo en lo referente a la inclusión de los animales y la inteligencia artificial entre los nuevos titulares de algunos de ellos, el de la universalidad de los derechos humanos es un debate casi agotado. A partir de ahora, el pensamiento ético y jurídico debería centrar sus esfuerzos en los problemas de especificación característicos de la tercera y cuarta generación y –evidenciados los problemas que para la universalidad se derivan del relativismo ético-cultural– en facilitar una visión de estos que favorezca su aceptación práctica en todas las tradiciones y culturas.

Las referencias al derecho a la movilidad internacional, a inmigrar o *ius migrandi*, invitan a cuestionar, sin embargo, la validez de esa impresión. Aunque la generalización constituye, seguramente, la dimensión más relevante del proceso dirigido a desarrollar todas las implicaciones de la universalidad no es, sin embargo, la única. En las últimas décadas, el crecimiento sin precedentes de la movilidad internacional, y de las situaciones en las que miles de personas abandonan sus países con el propósito de ingresar en otras comunidades políticas evidencian una asimetría problemática entre la garantía

únicamente *intra republicam* y el contenido aparentemente universalista de uno de los derechos más clásicos de la primera generación, como es la libertad de movimiento y circulación. Tanto a nivel estatal como internacional, la protección de esta última comprende claramente un derecho humano a circular libremente y abandonar el territorio de un Estado, pero no un derecho similar a inmigrar en otros Estados.

Sin embargo, ¿estamos realmente ante la falta de reconocimiento y protección de un derecho que siempre estuvo ahí pero que, en algún momento de la historia de los derechos fundamentales empezó a ser ignorado y casi olvidado? Como se interroga Vitale,

> el derecho a migrar ¿es un derecho de la primera generación de derechos sofocado en su cuna por sus propios hermanos, los otros derechos de la persona y el ciudadano o, más concretamente, por la interpretación de los mismos que ha prevalecido histórica y jurídicamente? O debe, por el contrario, considerársele como un derecho novísimo, cuya exigencia de reconocimiento y protección depende del fenómeno migratorio de gran envergadura al que estamos asistiendo en los últimos decenios. Y, por lo mismo, ¿acaso se trata de un derecho que todavía debemos explorar y construir bajo el perfil teórico y jurídico? (Vitale, 2015: 65)[1].

La historia del pensamiento jurídico arroja evidencias que demuestran que la libertad de movimiento a través de las fronteras no sería únicamente un derecho de la primera generación sino, incluso, uno de los primeros derechos naturales formulados en la civilización jurídica moderna y fundamentales para la tradición liberal clásica (Ferrajoli, 2011: 340). Si Vitoria configura el *ius migrandi* como un derecho universal derivándolo de otro derecho, el *ius communicationis ac societatis*, Locke lo enuncia como el corolario del nexo propiedad/trabajo y Kant hace del mismo el contenido del derecho de hospitalidad. Por otra parte, algunos de los primeros textos constitucionales llegarán a incorporar entre sus normas iusfundamentales el derecho a migrar o inmigrar[2]. No obstante, a pesar de las pruebas que avalan cómo este gozó de reconocimiento tanto en el plano filosófico como jurídico desde finales del siglo XVIII hasta principios del XX, no puede concluirse que en este último haya sido reconocido como un derecho universal (Macadam, 2011:15).

Sin embargo, que no haya alcanzado ese reconocimiento no significa que no lo merezca, ya sea sobre la base de su valor moral (Oberman, 2015), su justificación de

1. Para una defensa de la libertad de movimiento a través de las fronteras como parte de un «derecho humano a la globalización» vid. Pendleton: 1998.
2. El artículo XV de la Constitución de la *Commonwealth of Virginia* declaraba que «*all men have a natural and inherent right to emigrate from one State or another that will receive them*». Idéntico contenido encontramos en el artículo XVII de la Constitución del Estado de Vermont: Por su parte, la *Virginia Law Code* de 1779 disponía: «*And in order to preserve to the citizens of this Commonwealth that natural right which all men have of relinquishing the country in which birth or other accident may have thrown them, and seeking subsistence and happiness wheresoever they may be able, or may hope to find them*». El artículo 31 de la Constitución española de 1931 establecía que «el derecho a emigrar o inmigrar queda reconocido y no está sujeto a más limitaciones que las que la ley establezca». El 40 de la Constitución ecuatoriana dispone que «se reconoce a las personas el derecho a migrar. No se identificará ni se considerará a ningún ser humano como ilegal por su condición migratoria».

acuerdo con la tradición del Derecho Natural (Dummet, 1998), o como una interpretación contemporánea de los artículos 13 y 14 de la Declaración Universal (Pecoud & Guchteneire, 2006). En especial, si tal reconocimiento debe hacerse a través de su inclusión entre los derechos de la primera generación. Porque, *prima facie*, el *ius migrandi* puede ser considerado la extensión lógica al plano internacional de la libertad de movimiento reconocida y protegida a nivel estatal desde hace siglos. Esto significa que, en principio, en el plano normativo, las mismas razones que han permitido el reconocimiento como un derecho humano de la libertad de circulación dentro de las fronteras justifican una protección similar para la libertad de moverse a través de ellas. Esta es la tesis que, desde hace varios años, viene sustentando Carens de cara a justificar que la libertad de movimiento es la principal razón en favor de la apertura de las fronteras.

El propósito de este artículo es examinar el contenido de esta tesis y algunas de las principales críticas de las que ha sido objeto. Me centrare, en primer lugar, en dos argumentos a los que hace referencia el propio Carens: a) el que considera la libertad de movimiento como un derecho no unido a la mera condición humana sino a la ciudadanía; b) el argumento de la libertad de movimiento como un medio para acceder a una gama *adecuada* de opciones de vida. Tras abordar estas dos primeras críticas, analizaré otros dos argumentos que rechazan la simetría entre la libertad de circulación dentro y a través de las fronteras sustentados en una concepción internacionalista de la justicia global: c) el argumento de la prioridad de los compatriotas, de la justicia igualitaria doméstica, frente a un derecho a la movilidad internacional para satisfacer preferencias no vitales; d) el argumento del *ius migrandi* como un derecho de «*fuga*».

## 2. EL CONTENIDO DEL DERECHO HUMANO A INMIGRAR

Con carácter previo, conviene realizar algunas aclaraciones sobre la naturaleza y el contenido del derecho a inmigrar. En primer lugar, como hemos dejado claro, en el plano internacional su estatus jurídico no ha sido reconocido de forma expresa, ni tampoco como interpretación mayoritariamente aceptada de los principales documentos y tratados internacionales sobre derechos humanos. El artículo 13 de la DUDH únicamente reconoce el derecho de toda persona a salir de cualquier país y volver al mismo, y el de circular libremente y fijar su residencia en el territorio de un Estado, pero no en el de todos y cada uno de ellos. En un tono muy parecido se expresa el artículo 12 del Pacto de Derechos Civiles y Políticos de 1966. Es muy dudoso que la consideración de la libertad internacional de circulación como un derecho humano rondara por la mente de los autores de la Declaración de 1948. Lo que preocupó a los redactores del artículo 13 fue, por un lado, evitar nuevas deportaciones masivas de población, como las ordenadas durante el estalinismo y el nazismo y, por otro lado, impedir los obstáculos a las migraciones internas a través, por ejemplo, de la creación de reductos raciales como los impulsados posteriormente por el régimen del *apartheid* sudafricano. Para el

logro de ambos objetivos, bastaba con el reconocimiento de la libertad de circulación dentro de los Estados.

En segundo lugar, aunque a veces se hace referencia al derecho a inmigrar como la protección de la libertad deambulatoria para ir al lugar donde uno desee, por lo general, se le considera como algo más que una libertad negativa que prohíbe a los Estados evitar el libre establecimiento en sus territorios. Su contenido no se reduce a la prohibición de impedir la movilidad física a través de las fronteras, sino que también incluye un derecho a entrar en los Estados extranjeros que se desee, tanto para visitas breves como para residir de forma permanente. Un inmigrante regular, a diferencia de un turista, tiene derecho a participar en la vida social de su nuevo lugar de residencia y, en particular, en la actividad económica y en el mercado de trabajo (Hidalgo, 2012: 221; Young, 2017: 471). Finalmente, comprendería también la opción de acceder a la ciudadanía, pero no la adquisición inmediata de plenos derechos de membresía política a los inmigrantes (Benhabib, 2011: 149; Carens, 2013: 147-157; Oberman, 2016: 34; Miller, 2016a:14).

En tercer lugar, se trata de un derecho para moverse por todo el mundo, para entrar y residir en *cualquier* Estado y no solo en uno o varios Estados. Para numerosos teóricos, tal derecho es el correlato lógico y coherente del derecho a emigrar (Cole, 2011: 192 y ss; De Lucas, 2003: 44; Ferrajoli, 2011: 342; Baubock, 2006: 1-2; Velasco, 2017: 294). Para que este último pueda efectivamente ser ejercido es necesario el reconocimiento de un derecho no solo de salida sino también de entrada en el país que se desee. Como señala Dummet, resulta absurdo afirmar la existencia de un derecho a emigrar sin un derecho complementario a inmigrar a no ser que existan de hecho (como a mediados del siglo XIX) numerosos Estados que permitan entrar libremente en su territorio (Dummet, 1998: 173).

Aparentemente, la asimetría dejaría de ser problemática si se considera que el derecho a emigrar impone a los Estados, exclusivamente, la obligación negativa de no impedir a ninguna persona la salida de su territorio, pero no el deber de admitir la entrada de quien ha emigrado (vid. Higgins, 2011: 76-77; Blake, 2016: 3). Este planteamiento se sustenta en la creencia de que, para hacer efectivo el derecho de salida, no es necesario un deber correlativo de admisión, sino que es suficiente con la existencia de, al menos, un lugar en el que no se evite la entrada (Miller, 2016a: 15). Sin embargo, es precisamente esto último lo que se critica. Quienes aceptan como no problemática la asimetría consideran suficiente la posibilidad de salir, sin que juzguen preocupante la aparente vacuidad de tal derecho, ya que la mayoría de las personas recibiría ofertas de entrada en, como mínimo, un Estado. La realidad, sin embargo, es que solo quienes son trabajadores o profesionales relativamente ricos y de cierta edad de un país democrático tienen suficientes posibilidades de encontrar Estados dispuestos a aceptarlos como inmigrantes (Cole, 2011: 205). Para la gran mayoría de las personas que luchan por migrar a un Estado en el que sus intereses puedan verse satisfechos, su derecho de salida, sin el correspondiente de libre acceso, no pasa de ser una mera expectativa de

«situarse en órbita» para ser captado, cuando así convenga, por el mercado global (De Lucas, 2004: 44).

Por último, uno de los aspectos que añade más complejidad al debate en torno a la inclusión del *ius migrandi* entre los derechos humanos es que los partidarios y críticos de esta posibilidad parten de concepciones diferentes de los derechos humanos. Tanto Carens, como especialmente Vitale, suscriben una visión ética de estos derechos, que los considera exigencias pre-institucionales basadas en la mera condición humana, mucho más centrada en el lado activo de los beneficiarios que en el pasivo de los obligados, y en las razones últimas que justifican su disfrute universal (capacidades, dignidad, agencia, etc.) y, por todo ello, maximalista e idealista, ya que considera que la existencia de los deberes que estos imponen únicamente depende de los valores que los hacen moralmente deseables, al margen de lo factible o accesible que resulte en la actualidad su satisfacción económica y política (Iglesias, 2016: 121-122; Gilabert, 2011). Frente a esta visión, siguiendo a Rawls y Beitz, los críticos con la idea de una continuidad lógica entre las libertades para circular dentro y a través de las fronteras incorporan algunos elementos de la concepción política, centrada en la observación del papel jugado por los derechos humanos en la práctica internacional. En particular, la visión de estos como protecciones de intereses urgentes frente a amenazas estándar. También el convencimiento de que, para que una pretensión merezca ser considerada un derecho humano, no basta con apelar a criterios morales, sino que también entrarían en juego consideraciones de factibilidad relativas a la magnitud de los costes que impone su cumplimiento en el marco del actual sistema de relaciones internacionales (Valentini, 2012: 181; Raz, 2010: 336; Miller, 2016a: 17).

## 3. EL ARGUMENTO DE LA CONTINUIDAD LÓGICA Y SUS CRÍTICOS

A lo largo de gran parte de sus trabajos y, en particular, en su último ensayo sobre la ética de la inmigración, Carens expresa en los siguientes términos el que, a su juicio, constituye el principal argumento en favor de moverse libremente a través de las fronteras. El que, de acuerdo con Miller, llama «cantilever argument» y he optado por denominar el argumento de la continuidad lógica:

> «Cada razón por la que uno podría querer moverse dentro de un Estado también puede ser una razón para moverse entre Estados. Uno podría querer un trabajo, podría enamorarse de alguien de otro país, podría pertenecer a una religión que tiene pocos adeptos en su Estado natal y muchos en otro; uno podría desear buscar oportunidades culturales que solo están disponibles en otro territorio» (Carens, 2013: 239).

Miller distingue tres posibles estrategias para justificar un derecho: directa, instrumental y *cantilever* (Miller, 2016a: 15-16). La primera exige que se demuestre que el derecho en cuestión sirve para proteger intereses humanos básicos. La justificación ofrecida en apoyo de un derecho humano a inmigrar sería, de esta forma, que dicho derecho es necesario para promover intereses cuya satisfacción exige cruzar las

fronteras. En la segunda, el derecho se justifica al mostrar que su reconocimiento es instrumental respecto a otros derechos humanos que ya han sido reconocidos en algún catálogo o declaración oficial. Por último, la *cantilever strategy* implica probar que el nuevo derecho es una extensión lógica de los derechos humanos ya reconocidos. La esencia de esta última estrategia argumentativa reside en mostrar la arbitrariedad *lógica*, en lugar de *axiológica*, que supone reconocer como derecho humano a A (en este caso, el derecho a la libertad interna de movimiento) y no a B (la libertad de movimiento a través de las fronteras). Se trata, pues, de un argumento apagógico o *ad absurdum*, cuyo objetivo es hacer patente que, si afirmar una cierta hipótesis implica negar una tesis previamente asumida (o premisa de contraste), para evitar esa conclusión imposible lógicamente (a saber: que la premisa de contraste es a la vez verdadera y falsa), necesariamente hay que abandonar dicha hipótesis en favor de su alternativa (Rodríguez-Toubes, 2012).

Por consiguiente, el argumento de la continuidad lógica pretende justificar un derecho individual fuerte a la inmigración como la extensión internacional o la contraparte de la libre circulación interna. En su núcleo, el argumento afirma que, dado que los intereses protegidos por la libre circulación interna y la inmigración sin restricciones son simétricos, si los individuos tienen un derecho fuerte respecto a los primeros, entonces también deberían tener uno similar en relación con los segundos. Carens señala que el argumento no entra a analizar las razones que convierten a la libertad de movimiento dentro de los Estados en un derecho humano, sino que funciona mediante una inversión de la carga de la prueba que traslada a quienes rechazan dicha simetría la identificación de las razones, tanto para que la libertad de movimiento dentro de los Estados merezca la consideración de un derecho humano, como para que las mismas no sean extensibles a la libertad de movimiento a través de las fronteras. Asume, de esta forma, el punto de vista genuinamente liberal según el cual la carga inicial de la justificación recae en aquellos que restringen la libertad y no en quienes la defienden (Freiman & Hidalgo, 2016: 2).

Como señalé anteriormente, en las próximas páginas llevaré a cabo un examen de los argumentos que comprometen más seriamente la tesis de la continuidad lógica, centrándome en las reflexiones de, principalmente, Blake, Miller, Pevnick, Wellman o Young. Expondré, en primer lugar, el contenido de los mismos y, a continuación, la réplica que puede dirigírseles partiendo de las reflexiones del propio Carens, Oberman, Hidalgo o Vitale. Concluiré con una reflexión final en la que expondré mis propias conclusiones sobre la existencia o no de un derecho humano a la movilidad internacional.

## 4. LA LIBERTAD DE MOVIMIENTO COMO UN DERECHO UNIDO A LA CIUDADANÍA

I. De acuerdo con este argumento, la libertad de movimiento a través de las fronteras no podría ser equiparada a la reconocida en el interior de los Estados, ya que esta última no es un derecho atribuido al individuo por su mera condición humana, sino reconocida en virtud de su relación política con el Estado. Como señala Risse, las libertades básicas son generalmente consideradas como derechos vinculados a la ciudadanía y el territorio:

> «Para mí, tener libertad de expresión… es poder decir lo que pienso a los que me rodean; no depende de que los gobiernos se nieguen a publicar mis puntos de vista en otro lugar, incluso si tal negativa significa que no puedo llegar a la audiencia que estoy ansioso por alcanzar. Para mí, tener libertad religiosa, como es comúnmente entendida, es poder practicar mi religión en el lugar donde vivo, no que esta sea aceptada en otro lugar, ni que sea capaz de viajar donde me lo exige… Para mí, disfrutar de la libertad de asociación, tal y como es comúnmente entendida, es poder asociarme con personas con ideas afines en un espacio en el que estamos sujetos a la misma jurisdicción; no depende de mi capacidad de conocer personas muy lejanas, incluso si no hay otras personas con ideas afines en la misma jurisdicción» (Risse, 2012: 27).

Ahora bien, ¿qué hace de la ciudadanía un vínculo o estatus capaz de convertirla en el *sine quae non* de un derecho fuerte a la libertad de circulación? Para Blake la clave se encuentra en la legitimidad de la que precisan los Estados. A su juicio, «la mejor comprensión de algunos derechos es considerarlos el resultado de la necesidad de justificación de la autoridad del Estado, particularmente respecto a aquellos que se encuentran dentro de su ámbito de autoridad» (Blake, 2005: 228). En trabajos anteriores, había defendido que dicha necesidad se explica por el hecho de que los sistemas jurídicos estatales constituyen la única red que aplica la fuerza de modo directo sobre las personas. Por tal razón, sería también la única organización política que merece una justificación especial en términos de justicia socioeconómica igualitaria (Blake, 2002). Ahora utiliza un argumento similar para restringir la titularidad del derecho a la libertad de circulación. Este no debe ser considerado siempre un derecho fundado directamente en la igualdad moral de las personas, sino una expresión de este valor en el contexto de la legitimidad del Estado: «para disfrutar de la aceptación de sus ciudadanos, las autoridades políticas deben ofrecer ciertas garantías, incluidas garantías específicas de libertad, tanto política, como el derecho a la movilidad» (Blake, 2005: 229).

Hosein ha refinado las aplicaciones de este argumento de linaje hobbesiano al derecho a la libertad de circulación. Sus conclusiones son similares a las de Blake, pero partiendo de lo que, en su opinión, constituye el aspecto más criticable de la tesis de Carens: que la libertad de movimiento tenga como único fundamento la protección de la autonomía individual. A su juicio, el principal fundamento de la que denomina libertad *«intranacional»* de movimiento no se refiere a este último valor, sino a la igualdad política propia de una democracia. Para que la adopción de decisiones y la participación resulten satisfactorias desde un punto de vista democrático, los ciudadanos

deben poder debatir colectivamente las cuestiones a decidir, y esto exige libertad para moverse dentro del país. Por un lado, la circulación sin restricciones es necesaria para el libre intercambio de ideas y para alentar el entendimiento entre las personas que viven en diferentes lugares de un Estado. Por otro lado, la libertad de movimiento conlleva un cierto control sobre aquellos gobiernos que traten de favorecer a las personas que viven en determinadas regiones del país. Así las cosas, del mismo modo en el que otros han supeditado la existencia de unos deberes de justicia global igualitarios a la presencia previa de instituciones supranacionales soberanas (Nagel, 2005), Hosein concluye que los valores democráticos señalados no parecen exigir una libertad de movimiento internacional ya que, en ausencia de un Estado o gobierno mundial, no existe una institución política común en cuya toma de decisiones todos los habitantes de la tierra deban participar conjuntamente, y que esté obligada a favorecer a todos ellos por igual (Hosein, 2013: 34).

II. No hay duda de que la libertad de circulación, además de ser un derecho de la persona vinculado a su desarrollo autónomo, también posee una doble dimensión política. Por un lado, para poder llevar a cabo contribuciones informadas y valiosas al proceso de adopción de decisiones en su propio país, uno debe tener libertad para comunicase y cooperar con personas que viven en cualquier lugar de este. Por otro, la protección de este derecho ha desempeñado una función decisiva de cara a terminar con la discriminación social, política y económica sufrida por ciertos grupos o minorías dentro de ciertos Estado. El *apartheid* o los guetos creados por el nazismo no sirvieron solo para discriminar a la población negra y judía por razones raciales o religiosas, sino también para excluirlos del poder político y facilitar su explotación económica y su estigmatización social (Miller, 2016a: 24).

Por otra parte, debe reconocerse que la vinculación de la libre circulación a la ciudadanía en lugar de a la personalidad ha sido asumida por algunas legislaciones y tribunales superiores. Un ejemplo de ello sería la línea jurisprudencial seguida por el Tribunal Constitucional español a la hora de interpretar el artículo 19 de la Constitución en relación con los extranjeros. Las SSTC 107/1984 (F.J.3) de 23 de noviembre, 94/1993 de 22 de marzo (FJ.3), 116/1993, de 29 de marzo (FJ.2), 260/2007, de 20 de diciembre (FJ.5), sostuvieron que la libertad de circulación dentro de las fronteras del Estado, y el concomitante derecho a residir dentro de ellas, no son derechos imprescindibles para la garantía de la dignidad humana ni, por consiguiente, pertenecen a todas las personas en cuanto tales, al margen de su condición de ciudadano.

Todas estas consideraciones no tienen, sin embargo, suficiente peso para convencernos de que la libertad de circulación dentro de las fronteras es un derecho vinculado a la ciudadanía y no la personalidad. Tanto Carens como Oberman dejan claro que el interés protegido por el derecho humano a la libertad de movimiento es doble: personal y político. Por un lado, poder acceder libremente a, en principio, la gama completa de opciones de vida existente cuando se toman decisiones personales importantes. Por otro, la libre circulación es esencial para desarrollar una actividad política libre, ya que

uno no puede apoyar una causa a través, por ejemplo, de la asistencia a una manifestación, si se le impide acudir al lugar donde esta se celebra (Carens, 1992: 26; Oberman, 2016: 35-36). Sin embargo, el apreciar esta dimensión política de la libre circulación no significa que deje de ser un derecho humano general, vinculado a la personalidad, para convertirse en un derecho específico unido a la membresía política o, como sostiene Miller, que únicamente sea necesaria para prevenir políticas como el *apartheid* o los guetos[3]. Así se desprende de la letra del artículo 13 de la DUDH, cuando proclama que «*toda persona* tiene derecho a circular libremente y a elegir su residencia en el territorio de un Estado» (cursiva añadida). La libertad de movimiento no es importante únicamente como medio para hacer efectivos los derechos derivados de la membresía y participación políticas, sino también para poder desarrollar las dimensiones personales, civiles, económicas y sociales de la libertad (Carens, 2013: 242).

## 5. EL ARGUMENTO DE LA GAMA «ADECUADA» DE OPCIONES DE VIDA

I. Como acabamos de señalar, una de las funciones esenciales del derecho a la libertad de movimiento se refiere exclusivamente a la posibilidad que proporciona a los individuos de desarrollar su propia personalidad con autonomía. Para poder llevar a cabo planes de vida valiosos, las personas precisan acceder, en principio, a una cierta gama de opciones u oportunidades que doten a sus vidas de sentido y significado: relaciones personales (familia, amigos), trabajo, practicar una religión, formar parte de asociaciones, etc. Así las cosas, ¿debe considerarse el derecho a la libertad de movimiento un instrumento para proteger el interés de cualquier individuo en acceder a una gama *completa* de opciones de vida, o se trata de un objetivo demasiado ambicioso? Miller, Welman y Pevnick defienden esta última posición a través de la conocida como «objeción de la adecuación» (*the adequacy objection*). Las premisas y la conclusión de este argumento contra la simetría entre las libertades de circulación dentro y a través de las fronteras son las tres siguientes.

a) Solo merece el tipo de protección que representan los derechos humanos internacionalmente reconocidos poder disponer de una gama *adecuada* de opciones para disfrutar de una vida mínimamente decente (Miller, 2007: ch. 7; Miller, 2014: 161)[4].

3. El planteamiento de Hosein también sería atacable señalado que no es cierto que una democracia global presuponga, única y exclusivamente, un Estado mundial y no otras formas de gobernanza mundial post-soberana, multilateral, policéntrica, sustentadas en una dispersión y fragmentación de la soberanía en diferentes agencias con diversos tamaños, que darían lugar a un sistema de autoridades superpuestas. En este sentido Bayón 2014: 133.
4. Como señala también Nickel, «human rights do not promise the good life and the great society; the vision is rather of a decent life for all and of societies than can at least be describes as civilized». Nickel, 2007: 51.

Los críticos del argumento de la continuidad lógica conciben los derechos humanos en el plano internacional como derechos básicos que protegen intereses vitales o esenciales de las personas. Como señalé anteriormente, aunque no suscriban un enfoque exclusivamente político o práctico de los derechos humanos, sino uno que integra elementos tanto de este como de la concepción ética o naturalista, respaldan la visión de Beitz de tales derechos como exigencias cuyo objeto es la protección de intereses individuales urgentes frente a ciertos peligros previsibles o estándar[5].

b) Algunos Estados, especialmente las sociedades liberales, brindan por lo general a sus miembros tales opciones adecuadas. Entonces, las personas pueden, en gran medida, vivir una vida decente en el Estado en el que residen actualmente sin necesidad de poder cruzar las fronteras[6].

c) Aunque, ciertamente, las personas tienen intereses en poder migrar internacionalmente, estos no constituyen el tipo de necesidad básica que se requiere para considerarla un derecho humano. El que puedan tener intereses específicos adicionales, que no pueden satisfacerse a menos que se les permita residir en otro país, constituye una razón, pero no un derecho en sentido estricto, para trasladarse allí.

De acuerdo con Miller, muchas de las migraciones internacionales están provocadas por la satisfacción de *preferencias personales* y no de *intereses vitales* Por tanto, resulta fundamental diferenciar lo más claramente posible los intereses esenciales, generales y ampliamente compartidos de las personas en tanto que seres humanos, de los particulares y subjetivos de las personas en tanto que individuos que, aunque pueden ser intrínsecamente universales, adoptan una forma específica en función de cada uno de ellos. Por ejemplo, todos compartimos un interés básico en tener la oportunidad de construir relaciones amorosas duraderas con otros seres humanos, o en acceder a una cantidad adecuada de alimentos nutritivos, pero quizás solo yo tengo un interés en crear esa relación específicamente con Amelie o en comer pescado crudo de gran calidad. Resulta evidente que las condiciones necesarias para la realización del conjunto de intereses específicos son más exigentes que las que precisa la realización de los intereses generales comunes. ¿Puede un derecho humano realizar condiciones tan exigentes? (Miller, 2016a: 20).

Tanto Miller como otros defensores de la objeción de la adecuación tratan de reforzar su argumentación señalando que también *intra republicam* existen importantes restricciones a la libre circulación que evidenciarían que no se trata de un derecho absoluto sino considerablemente limitado. Señalan como ejemplos que la circulación por las vías públicas puede estar regulada, los aeropuertos cerrados para evitar la contaminación

5. Beitz, 2009: 109. Miller señala la proximidad de su visión a la Beitz en Miller, 2014: 155-156.

6. Por tal razón, Oberman sostiene que el derecho a permanecer es, para una inmensa mayoría de personas, más importante que el derecho a migrar. Oberman, 2015. Aun cuando esto sea cierto, de ello no cabe inferir, por sí solo, que únicamente el primero y no el segundo sea un derecho humano.

y cómo el gobierno puede permitir que extensiones considerables del territorio de un país se conviertan en propiedad privada. Aunque sea discutible que algunas de estas limitaciones pueden resultar en ocasiones excesivamente restrictivas, pocos sostendrían que las mismas conllevan la violación de un derecho humano (Miller, 2016b: 53; Hosein, 2013: 31). No extender el derecho a la circulación al plano internacional sería una limitación más que, como las anteriores, no resulta incoherente con la existencia del derecho en cuestión en el interior de los Estados.

II. La réplica a la objeción de la adecuación ha obligado a los defensores del argumento de la continuidad lógica a precisar algunos aspectos de este y –en contra de su propósito inicial de trasladar toda la carga de la prueba a los críticos de la extensión al plano internacional de la libertad de circulación dentro de las fronteras– a profundizar en las razones por las que esta última resulta tan moralmente valiosa. Trataré de resumir a continuación las principales claves de su réplica a los críticos de dicho argumento.

En primer lugar, si por intereses vitales solo se entiende el acceso a una gama adecuada o decente de oportunidades, no es descartable que esta pueda ser provista dentro de subunidades o regiones de Estados de gran tamaño. De ser así, los defensores de la objeción de la adecuación tendrían que aceptar que restringir la libertad de circulación dentro de tales Estados no supondría la lesión de ningún derecho humano (Carens, 2013: 244; Cole, 2011: 293-292; Oberman, 2016: 39; Baubock, 2009: 6 y ss). Así sucedería, por ejemplo, si el gobierno federal estadounidense impidiera circular libremente por todo el territorio de los Estados Unidos a los ciudadanos de California (novena economía mundial si fuera un Estado independiente). Además, combinado con el argumento que analizaremos a continuación del *ius migrandi* como solución a la pobreza extrema, podría incluso argumentarse que la libertad interna de movimiento en las sociedades liberales podría ser restringida de cara a ofrecer mejores oportunidades a los extranjeros que están mucho peor. Supongamos que se produce una demanda de trabajadores en Sicilia y los ciudadanos de Calabria encuentran suficientes oportunidades para acceder a una gama adecuada de opciones de vida en su propia región, pero no así los tunecinos del sur ¿Podría Sicilia, en tal caso, abrir sus fronteras a la migración procedente de Túnez y negar a los calabreses el derecho a entrar en su territorio?

Welman admite que la restricción señalada de la libertad de circulación *intra republicam* a quienes pueden acceder a una gama adecuada dentro de su propia región no supondría una violación de los derechos humanos. Por lo tanto, sostiene que no existe realmente un derecho humano (no así un derecho liberal más fuerte) a la libertad de movimiento dentro de los Estados, esto es, niega la *premisa de contraste* a partir de la cual opera el argumento de la continuidad lógica (Wellman, 2016: 89-90). Sin embargo, ningún Estado liberal restringe la migración interna y, el que lo hace, es criticado por negar libertades humanas básicas. Si dicho argumento exige que se ofrezcan razones que justifiquen el trato tan diferente otorgado a la libre circulación interna frente al libre movimiento a través de las fronteras, y la objeción de las opciones adecuadas no

consigue proporcionar una justificación de la primera de ellas, entonces no satisface las exigencias de dicho argumento (Carens 2013: 244).

En segundo lugar, tampoco es sostenible la tesis de que no extender internacionalmente el derecho a la libertad de circulación constituye una limitación más de un derecho que, al igual que otros muchos, no es absoluto. Las restricciones señaladas a la libertad de circulación dentro de los Estados, aun pudiendo ser en algún caso severas, no impiden a los ciudadanos y residentes en el mismo viajar o establecerse en cualquier pueblo, ciudad o región de este. Las fronteras cerradas no constituyen, en el plano internacional, un límite comparable para la libertad de movimiento, sino que convierten todo el territorio nacional en un espacio privado. Por consiguiente, los controles fronterizos obstaculizan la libertad de circulación de un modo muy diferente a como lo hacen las restricciones dentro de los Estados liberales, y el hecho de que estas últimas sean compatibles con el derecho humano a la movilidad no significa que las fronteras internacionales también lo sean (Cole, 2013: 297).

Por último, seguramente el aspecto más controvertido de la objeción de la adecuación sea la concepción suficientista de los derechos humanos de libertad sobre la que descansa. Como hemos podido apreciar, para Miller y Wellman estos protegen intereses vitales garantizando el acceso una gama adecuada o suficiente de opciones de vida y concluyen, a partir de esta premisa, que no existen intereses de este tipo que no puedan ser satisfechos *intra republicam*, ni, por consiguiente, un derecho humano a trasladarse a otras comunidades políticas para acceder a ellas. Los defensores de la continuidad lógica responden a este argumento de diversas formas. Algunos evitan entrar en el terreno al que pretende conducirlos Miller, y apuestan por considerarlo parte constitutiva de otras libertades que todos los liberales consideran básicas, especialmente las libertades de ocupación y asociación (Freiman & Hidalgo, 2016: 4). La réplica de Cole es sostener que deberíamos contemplar el derecho a la movilidad como un componente esencial de una visión holística de la agencia humana que conlleva ver a ciertos derechos como condiciones de empoderamiento (2013: 299). Por su parte Carens señala que, en el mundo actual, la libertad de circulación es intrínsecamente, en todos los casos, un interés vital. El hecho de que la voluntad de uno resulte determinante constituye, en la actualidad, un aspecto importante de la libertad, por lo que el simple conocimiento de que se tiene el derecho a moverse contribuye a aumentarla, al margen de que se haga uso o no de este (2013: 249).

Aunque la visión que suscriben Miller o Wellman de los derechos humanos pueda ser la más aceptable, de ello no cabe concluir que la movilidad internacional no merezca ser considerada un derecho humano. No puede excluirse que las personas puedan tener intereses esenciales o vitales que van más allá de la gama adecuada de opciones de vida cuya satisfacción exija libertad para poder atravesar las fronteras. Volvamos al ejemplo utilizado por Miller de alguien que profesa una religión que no tiene arraigo o representación en su propio país y desea salir al extranjero para poder practicarla. Para esta persona, el argumento de que su derecho humano a la libertad religiosa no ha sido violado porque aún dispone de otras opciones suficientes y adecuadas de profesar

una religión no resulta satisfactorio. Para ella, ninguna de esas otras religiones es una alternativa real, ya que únicamente su propia religión posee la cualidad de ser la religión «verdadera» (Oberman, 2016: 30). Así lo reconoce el propio Miller cuando señala que «las potenciales parejas o religiones no son sustituibles en la forma en que lo son los alimentos» (Miller, 2016: 20). Su planteamiento resulta erróneo porque equipara los intereses *universales* (objeto de protección de los derechos humanos) con la demanda de objetos *genéricos*, cuando lo cierto es que las necesidades básicas universales pueden referirse también a objetos *no genéricos*:

> Es falso que los intereses universales solo puedan fundamentar pretensiones sobre objetos genéricos. Los individuos tienen derecho a estar con las personas particulares a las que aman y practicar la religión concreta en la que creen, no porque los intereses individuales particulares puedan ser el fundamento de derechos humanos, sino porque los intereses que tienen en estar con las personas a las que aman y en actuar de acuerdo con sus creencias fundamentales son intereses universales. Dado que los objetos de los afectos y los dictados de su conciencia son relativos a la persona, los objetos genéricos no pueden satisfacerlos. (Oberman, 2016: 41).

Partiendo de estas consideraciones, el razonamiento en el que Oberman sustenta su defensa de un derecho humano a la movilidad internacional se construye de la siguiente manera:

a) Algunas personas tienen intereses esenciales en acceder a opciones vitales que van más allá del umbral de adecuación o decencia y, además, en que dicho acceso pueda hacerse con autonomía. Los requisitos que permiten afirmar que una persona goza de autonomía son los tres siguientes: a) poseer las *capacidades mentales* apropiadas para formular y perseguir proyectos personales; b) disfrutar de una gama adecuada de *opciones valiosas*; c) ser *independiente*, esto es, no estar sometido a la voluntad de otro, ya sea a través de la manipulación o la coacción (Raz, 1986: 372-378).
b) Para ciertos individuos, muchas de esas opciones vitales se encuentran fuera de las fronteras de la comunidad política de la que son miembros.
c) La coacción puede disminuir las tres condiciones señaladas de la autonomía personal, a veces destruyendo las capacidades mentales, otras reduciendo significativamente las oportunidades valiosas, o también sometiendo a una persona a la voluntad de otra. En particular, los controles fronterizos lesionan la independencia al hacer que la voluntad del agente quede supeditada a la de un tercero, incluso en el caso de que se deje a las personas sometidas a tal voluntad una gama adecuada de opciones de opciones valiosas[7].

7. En favor del carácter coactivo de los controles fronterizos vid. Abizadeh, 2008; sensu contrario Miller, 2010. Este considera que tales controles son solo preventivos en lugar de coactivos. De esta cuestión me he ocupado en 2017.

Admitido que pueden existir intereses vitales más allá del acceso a una gama adecuada de opciones de vida cuya satisfacción exige poder cruzar las fronteras, ¿cabe concluir que la protección de tal posibilidad exige un derecho humano (general) a la movilidad internacional y no, simplemente, derechos especiales que autoricen a cruzarlas a través, por ejemplo, de políticas más flexibles y generosas de visados? La respuesta que daré a este interrogante en las conclusiones finales exige tomar en serio que el *ius migrandi* conlleva deberes positivos y no solo negativos, y que los obligados a satisfacerlos podrían terminar asumiendo costes muy significativos que es discutible que deban soportar. Esta última es, a juicio de los críticos cuyas tesis examinaré a continuación, la mayor debilidad del argumento de la continuidad lógica.

## 6. EL RECHAZO DE UN DERECHO FUERTE A LA MOVILIDAD INTERNACIONAL A PARTIR DE UNA CONCEPCIÓN INTERNACIONALISTA DE LA JUSTICIA GLOBAL

Al examinar en el epígrafe cuatro las razones que justificarían vincular el derecho humano a la libertad de circulación a la ciudadanía en lugar de a la personalidad, señalé como Blake defendía que este derecho forma parte de lo que un Estado debe ofrecer como contrapartida para gozar de legitimidad ante quienes están sujetos a la coacción directa que ejerce. También señalé como, en trabajos anteriores, este había insistido en que otra de las claves para gozar de ese tipo de aceptación es la exigencia de mejorar la posición de los menos aventajados de la sociedad. Ello requiere que los conciudadanos se deban mutuamente obligaciones basadas en la igualdad comparativa, en la preocupación por la privación relativa, y no, como ocurre con los extranjeros, solamente en la eliminación de la privación absoluta. Lo que no termina de hacer Blake es unir estos dos argumentos en su rechazo a admitir la existencia de un derecho humano a la movilidad internacional. Sí lo han hecho otros pensadores que, como él, suscriben una concepción estatista o internacionalista en lugar de cosmopolita de la justicia global, esto es, rechazan la extensión al plano global de los mismos principios de justicia distributiva igualitaria que regulan la cooperación social en el interior de los Estados[8]. El resultado de esta combinación es el que denominaré el argumento de la prioridad de la justicia igualitaria doméstica frente a un derecho a la movilidad internacional para satisfacer intereses no vitales. Por otra parte, la defensa de una concepción internacionalista de la justicia global alienta otro argumento contra la tesis de la continuidad lógica: el de la transformación del *ius migrandi* en un derecho de «fuga».

8. Para un examen de la concepción cosmopolita igualitarista de la justicia global y de sus principales premisas. Vid Turégano, 2015: 31-38.

### a) La prioridad de la justicia igualitaria doméstica frente a un derecho a la movilidad internacional para satisfacer intereses no vitales

La principal debilidad de la defensa de una visión de la libertad internacional de movimiento como la continuación lógica y coherente de la libertad de circulación *intra republicam* es que se centra, casi exclusivamente, en el beneficiario del derecho y apenas presta atención a su lado pasivo. Como señalé anteriormente, la concepción naturalista de los derechos humanos considera que la existencia de las obligaciones correlativas que estos imponen depende, exclusivamente, de su deseabilidad moral, del peso reconocido a ciertos intereses universales destacados vinculados a nuestra condición humana. Por el contrario, para la visión política, no basta con afirmar que un interés es universal para determinar las responsabilidades que conlleva su satisfacción. Una explicación satisfactoria de lo que supone la existencia de un derecho humano tendría que ofrecer alguna explicación sobre el origen de los recursos para satisfacerlo y de las razones por las que cierta persona tiene que proporcionarlos (Beitz, 2009: 109). La crítica del argumento de la continuidad lógica que ahora analizamos asume este último enfoque. Quienes la defienden estiman que, a diferencia del derecho a la movilidad dentro de las fronteras, el derecho a traspasarlas no constituye una razón capaz de imponer el tipo de obligaciones que permitirían considerarlo un derecho humano, ya que los deberes positivos que tenemos frente a los extranjeros son menos exigentes que los que tienen por destinatarios a los compatriotas.

Para Carens o Kukathas, la consideración de la libertad de movimiento como un derecho humano impondría deberes a los Estados, no solo respecto a sus propios nacionales, sino también respecto a los extranjeros que desean cruzar sus fronteras: el de dejarlos entrar, residir y optar a la ciudadanía transcurrido un tiempo. Al hacerlo, defienden una visión genuinamente cosmopolita y monista de la justicia global según la cual los principios y responsabilidades frente a los extranjeros no se diferencia sustancialmente de los deberes respecto a los compatriotas.

Aunque han rechazado este monismo en el plano de la justicia distributiva o socioeconómica, Miller o Wellman, como hemos examinado, no centran su crítica al argumento de la continuidad lógica en la asimetría entre los *deberes correlativos* a las libertades de movimiento internacional y doméstica, sino entre los *intereses protegidos* por una y otra. Para Young este enfoque no identifica adecuadamente la debilidad de dicho argumento. A su juicio, no es cierto, tal y como hemos visto que defiende Oberman, que los intereses en viajar dentro y fuera de las fronteras sean tan diferentes. Lo que hace que la libertad internacional de circulación no sea equiparable a esa misma libertad en el interior de los Estados es que únicamente la segunda impone deberes positivos de la magnitud suficiente para considerarla un derecho fuerte. Esto es así, porque dichas responsabilidades tienen como destinatarios a los compatriotas, a los que, como hemos indicado, es posible exigir más que al resto de las personas. Principalmente, porque solo los primeros merecen deberes de reciprocidad o *fair play* en tanto que conciudadanos de un Estado que, al mismo tiempo que posee un poder sin

parangón para imponer cargas, posibilita el tipo de cooperación social capaz de lograr ciertos bienes públicos imprescindibles para desarrollar vidas satisfactorias (Miller, R., 2010: 47-48; Levitov & Macedo, 2018: 475). Frente a ello, los deberes respecto a los que no son compatriotas no exigirían anteponer los intereses protegidos por su autonomía personal a la satisfacción de otros aspectos del bien público o el interés general y, además, serían exigencias que solo entran en funcionamiento de forma subsidiaria, cuando sus Estados fracasan en la protección de sus derechos humanos.

Por tal razón, no hay ninguna contradicción en defender un derecho fuerte a la libre circulación y, al mismo tiempo, rechazar un derecho fuerte a la libre inmigración: incluso si los intereses subyacentes a ambas libertades son simétricos, las obligaciones recíprocas entre los ciudadanos del Estado receptor y las que deben a los no ciudadanos son asimétricas (Young, 2017: 469-470).

A diferencia de otros teóricos que han abordado la definición y el alcance de los deberes de la justicia global, Young, al igual que Levitov y Macedo, no se limita a defender que estos y los de la justicia doméstica tienen un fundamento y contenido diferentes, sino que afronta la posibilidad práctica de que ambos puedan colisionar, de modo particularmente intenso a la hora de determinar las políticas migratorias a adoptar por los países más prósperos. Tal colisión descansa en previsiones muy discutibles acerca de los costes que la apertura de las fronteras tendría para los Estados receptores. Concretamente (en las lecturas más conservadoras y/o pesimistas) una caída brusca de los salarios como resultado de la *wage competition* que desencadenaría una llegada mucho mayor a la actual de migrantes (Ibister, 2000: 634; Macedo, 2001; Borjas & Katz, 2007), la viabilidad misma de sus Estados del bienestar como resultado de la sobrecarga que sufrirían los servicios sociales (Entzinger, 2007: 126), a lo que los segundos añaden que el incremento de la desigualdad no vaya unido a una mayor presión política en favor de la redistribución, o el argumento típicamente comunitarista, defendido por Sandel y Miller, de que los sentimientos de solidaridad e identificación mutua que permiten sostener la justicia social pueden verse socavados por el incremento de la diversidad étnica y cultural asociada a la inmigración (Levitov & Macedo 2018: 480-481).

Young no dibuja un escenario tan pesimista, pero al poner de manifiesto que los Estados pueden limitar la entrada de extranjeros por razones como asegurar la prosperidad económica o la mejora de sus servicios sociales, considera que existe una tensión entre una exigencia de la justicia global (el derecho a la movilidad internacional como medio para acceder a la satisfacción de intereses no vitales) y otra de la justicia doméstica (reducir las desigualdades y mejorar las prestaciones públicas para los menos aventajados), que una concepción internacionalista de la justicia global resolvería en favor de la segunda. La principal razón por la que el *ius migrandi* debe ser caracterizado como un derecho débil es, precisamente, que, en esa situación de conflicto entre la justicia global y la doméstica, los Estados tienen derecho a otorgar un cierto grado de prioridad a sus compatriotas. Sus políticas migratorias no podrían anteponer el objetivo de una mayor igualdad comparativa entre sus ciudadanos a la satisfacción de las necesidades

más básicas del resto de los seres humanos, pero sí a los beneficios que puedan obtener estos últimos al atravesar sus fronteras que van más allá de ese umbral de suficiencia o decencia (Young, 2017: 467-476).

### b) el ius migrandi como *«derecho de fuga»*

Al mismo tiempo que sirve para rechazar el argumento de la continuidad lógica, la visión estatista o internacionalista de la justicia global aboga por una concepción diferente del derecho a cruzar las fronteras. Según esta, aunque no exista *un derecho* fuerte a la inmigración libre, sí existen *derechos* fuertes a inmigrar por razones protegidas. Serían fuertes en el doble sentido de que prevalecen, tanto sobre las exigencias de una mayor igualdad doméstica en el interior de los Estados receptores, como sobre el derecho débil de quienes *desean* migrar para la satisfacción de intereses no vitales.

Su negativa a equiparar la movilidad nacional e internacional, no impide a Pevnick admitir que, en algunos supuestos, esta última merecería ser considerada un derecho humano por razones instrumentales, para proteger otros derechos humanos como el derecho a la subsistencia[9]. Cuando los potenciales inmigrantes carecen de opciones para vivir una vida mínimamente decente, sus intereses superarían las razones morales que justifican los límites a la inmigración y permitirían exigir un derecho humano para moverse a través de las fronteras (Pevnick, 2011: 85). Por consiguiente, a diferencia del argumento de la continuidad lógica, únicamente la movilidad internacional motivada por la necesidad de escapar de la pobreza extrema y acceder a países donde poder satisfacer las necesidades más básicas merecería una protección fuerte como derecho humano[10]. Esta visión del derecho a la movilidad a través de las fronteras permitiría extender el concepto de refugiado a quien solicita protección en otro país por razones económicas y no solo políticas, así como conferir a la terminología acuñada por Medrazza de un «derecho de fuga» un nuevo significado. La expresión no evocaría ya la irreducible individualidad de los migrantes, sino una salida y abandono de unas condiciones de vida apremiantes que dificultan la existencia, tales como la pobreza o los desastres ambientales y las persecuciones políticas, religiosas o étnicas, en busca de mejoras en la calidad de vida (Vitale, 2015: 75; Aguerre, 2016: 69).

La eficacia de la inmigración, o de un eventual derecho a cruzar las fronteras, al objeto de lograr rescatar a millones de personas de la pobreza extrema ha sido objeto, no obstante, de valoraciones contradictorias. Para algunos, las remesas enviadas por los migrantes constituyen una de las medidas más eficaces para aumentar los ingresos de

9. En ese sentido Higgins, 2013: 78.

10. Un precedente del *ius migrandi* como la posibilidad que le queda a los más desfavorecidos de huir de la pobreza se encuentra en la crítica, de la que se ha recogido un extracto al comienzo, que realizó Domingo de Soto de las leyes impuestas por la Reforma que limitaban la, hasta entonces, generalmente aceptada libertad de movimiento entre las ciudades de Europa. Vid. De Soto, 2003 (1545): ch. IV, p. 64. Sobre ello vid. Coccoli, 2014.

los países de origen y reducir la pobreza a nivel nacional, regional y mundial (Azam & Hasseb, 2016; Oberman 2015: 241-243). De ser esto cierto, a través del ius migrandi se facilitaría, al mismo tiempo, la huida de la privación absoluta de los que logren la entrada en un país más rico y la mejora de la situación de los que se han quedado en casa.

Otros análisis no son tan optimistas. Por un lado, estiman que las remesas únicamente benefician a los más aventajados de las sociedades de origen y provocan una inflación en los precios de la tierra y otros recursos escasos (Higgins, 2013: 70-74; Hulme, 2015: 197). También se señala que, para poder emigrar, hace falta algo más que poner fin a las restricciones a la entrada de inmigrantes. Dado su nivel tan mínimo de ingresos (menos de dos dólares al día), la apertura de las fronteras no sería suficiente para que los más pobres pudieran *de facto* emigrar (Shachar, 2009: 84-85; Levitov & Macedo, 2018: 482). Además, en la práctica, levantar las restricciones a la entrada de inmigrantes no se traduce únicamente en la llegada de trabajadores poco cualificados, sino, en mucha mayor proporción, de profesionales (médicos, enfermeros, ingenieros, etc.) con la consiguiente *brain drain* que tanto ha perjudicado a los países más pobres (Brock, 2009: 198-204). Por todo ello, se insiste en que la lucha a medio y largo plazo contra la pobreza mundial exige políticas de desarrollo en lugar de más inmigración (Pogge, 1997: 17). De estas últimas consideraciones se desprende que el derecho a inmigrar puede servir para que algunas personas escapen de la pobreza extrema, pero no es el medio más eficaz ni, a la postre, el menos oneroso, a la hora de hacer efectivas las responsabilidades que les corresponden a los países del primer mundo con vistas a acabar globalmente con ella. Existen otras actuaciones más eficientes, como la ayuda exterior y otras medidas dirigidas a favorecer el desarrollo económico, para alcanzar este objetivo. Por esta razón, Miller considera que, ni siquiera concebido como un derecho de fuga, la inmigración debe ser considerada un derecho humano ya que no superaría el test de compatibilidad, que obliga a determinar qué modo de implementar los derechos primarios en cuestión (a la subsistencia, a un nivel de vida adecuado) afecta menos a los derechos de aquellos sobre quienes recaen las obligaciones correlativas (Miller 2016a:19).

En cualquier caso, aunque inmigrar no sea la medida más eficaz para luchar en conjunto contra la pobreza extrema, ello no significa que no lo sea para aquellos que migran huyendo de ella. Si adoptamos una perspectiva radicalmente suficientista o prioritarista, o simplemente humanitaria, seguramente la forma más rápida de satisfacer las necesidades básicas y urgentes de quienes la padecen exigiría dejarles atravesar las fronteras y entrar a formar parte del club para beneficiarse, como ciudadanos o residentes, de las oportunidades reservadas a los que ya están dentro. No puede pedírsele a los potenciales migrantes que esperen a que sus países de desarrollen económicamente, o a que la redistribución de la riqueza permita reducir las enormes desigualdades globales, para mejorar sus condiciones de vida (Pevnick, 2011: 90; Velasco, 2016: 64; Kukathas, 2015: 378).

Admitamos, pues que, aunque sea únicamente desde una perspectiva a corto plazo, en el mundo actual, inmigrar constituye el último recurso del que disponen millones de

seres humanos para acceder a una vida mínimamente decente[11]. Admitamos también que hay razones para concluir que, si se reconociese un derecho humano a la movilidad internacional, muchas personas optarían por migrar a otros países. Por último, supongamos que, dado el volumen de personas que aspirarían a entrar en determinados Estados, a los países receptores de tales flujos migratorios les resultaría imposible ofrecer acomodo a todos ellas. En tales casos, parece razonable dar prioridad a las demandas de entrada de quienes *necesitan* migrar para satisfacer sus necesidades más básicas, frente a las de quienes *desean* hacerlo para mejorar su nivel de vida o, simplemente, para acceder a ciertas preferencias no vitales que no pueden satisfacer en sus países de origen. Mientras que, para algunos, esto significa que la defensa de una mayor apertura de las fronteras debería dejar de basarse en la libertad internacional de movimiento para centrarse en la justicia distributiva global (Seglow, 2005), para otros supone que solo los primeros tendrían un auténtico derecho humano a inmigrar.

II. El argumento del carácter internacionalista de la justicia global (Young) o, del carácter estatista del cosmopolitismo (Levitov & Macedo), acierta al poner de manifiesto el coste que puede conllevar para los países más aventajados la apertura de sus fronteras que exige el *ius migrandi*. Los partidarios de esta medida señalan que los efectos netos de la inmigración serían claramente beneficiosos para las sociedades de acogida: llegada de trabajadores cualificados a coste de formación cero, rejuvenecimiento demográfico, ocupación de puestos de trabajo no deseados por los nacionales del país, etc. Sin embargo, puesto que los estudios existentes solo han podido valorar las consecuencias de la apertura de las fronteras en ámbitos regionales limitados, no puede pronosticarse lo que ocurriría si estas fueran completa o significativamente abiertas para todos los habitantes del planeta. No puede descartarse que, sin llegar a los extremos apocalípticos que algunos han presagiado (Barry, 1992: 282), al menos a corto plazo, la apertura podría tener costes importantes para los Estados huésped. Resulta muy cuestionable que los países ricos dispongan siempre de un «excedente de opulencia» (Van Der Ven, 2008: 422), que les permita, al mismo tiempo, mejorar ostensiblemente el nivel de cumplimiento de sus deberes globales y profundizar en la igualdad comparativa entre sus ciudadanos. Las demandas de esta última poseen un carácter abierto, que impide señalar un límite evidente a los recursos que deberían destinarse a la eliminación de las desigualdades en ámbitos como el acceso a la salud, el mercado de trabajo o la educación (Rawls, 1999: 106; Miller, 2008: 562). Por lo tanto, en contra de la habitual tendencia de los teóricos de la justicia global a ignorar este tipo de escenarios, parece difícil negar que la apertura de las fronteras sería uno de los supuestos en los que las lealtades patrióticas y las responsabilidades distributivas globales pueden colisionar.

Como hemos examinado, tanto Young, como Maceo y Levitov, al igual que otros partidarios de la concepción estatalista de la justicia global, estiman que estos conflictos

11. Como expresó con lucidez Goodin, «*if we cannot move enough money to where the needy people are, then we will have to count on moving as many the needy people as possible to where the money is*» (1992: 8).

deben resolverse en favor del polo de los compatriotas. Se trata de una conclusión que, en sus justos términos, podrían aceptar los defensores del argumento de la continuidad lógica. Estos podrían admitir que un aumento considerable de la llegada de inmigrantes puede imponer costes tan significativos como para justificar que los Estados puedan limitar su volumen, establecer prioridades (unas veces entre las demandas de los compatriotas y los extranjeros y otras, entre las de estos últimos) y que ambos factores resulten determinantes de los deberes que, en el mundo actual, en circunstancias no ideales, tienen frente a quienes demandan cruzar sus fronteras.

Lo que no resulta tan claro es que todas estas consideraciones sean determinantes de la existencia misma del derecho a la movilidad internacional y de los deberes que lo hacen posible. Como vengo repitiendo, para una visión ética o naturalista, lo decisivo para sostener la existencia de los deberes correlativos a los derechos humanos es su deseabilidad moral, el peso reconocido a ciertos intereses universales destacados vinculados a nuestra condición humana. Ello garantiza no despojarlos de su dimensión crítica del orden existente y de su potencial para impulsar la transformación de este. Para esta visión, el déficit de factibilidad sería un problema relativo a la *ejecutabilidad* de los derechos humanos que, como tal, deber ser convenientemente distinguido de la existencia de estos en el plano normativo. Mientras no se adopte una idea irrazonablemente restringida de los derechos humanos, el hecho de que actualmente no se den las condiciones económicas y políticas necesarias para cumplir los deberes que el *ius migrandi* impone[12], o para que el derecho a cruzar las fronteras con el propósito de satisfacer preferencias no vitales no tenga que ceder ante la inmigración provocada por la necesidad de huir de la pobreza extrema (Carens, 2013: 253-254), no permitirían concluir que el derecho en cuestión no existe sino, simplemente, que no posee la eficacia deseada.

Por el contrario, para una concepción política, la existencia de los derechos va unida a que sea realmente factible implementarlos aquí y ahora. El test de *feseability* de Nickel es un exponente muy claro de esta visión: «una condición necesaria para la justificación de un derecho específico es la posibilidad de implementarlo actualmente con éxito en una amplia mayoría de los países» (Nickel, 2007: 78). A la vista de los costes que su satisfacción conllevaría para los Estados huésped y del mayor peso que, en las circunstancias señaladas, tendrían las responsabilidades domésticas, no sería posible sostener que la implementación del contenido del *ius migrandi*, entendido

12. Así, para Vitale, esta última conclusión sería extensible a la reducción del *ius migrandi* a un derecho de fuga. El abandono de la visión del derecho a migrar como derecho vinculado a la autonomía y la búsqueda de la felicidad, en favor de la visión de este como un medio para la supervivencia, supone privar a este derecho de la primera generación de su potencial transformador y superador del *statu quo*, de la dimensión utópica y cosmopolita con la que fue alumbrado en el pensamiento político y jurídico moderno. Supone, además aceptar que la falta de garantías primarias y secundarias que dotarían al *ius migrandi* de eficacia, en lugar de una cuestión empírica por cuya superación debe lucharse, termine trasladándose al plano normativo de la titularidad de los derechos y no, como hasta ahora venía aceptándose, únicamente al de su disfrute (Vitale, 2015: 76-77). Un claro exponente del modo en que cómo los problemas para la realización empírica de un derecho terminan por trasladarse a la mera existencia o titularidad de este vid. Hoffe, 2007: 253.

como un derecho a cruzar las fronteras y fijar libremente la residencia en el país que se desee, sea mínimamente factible y que, por tanto, de acuerdo con la visión política más estricta, exista como derecho humano. Estaríamos ante un supuesto más próximo a una infactibilidad fuerte que a otra solo débil (sobre esta distinción Valentini, 2012:190).

Esta última conclusión sería parcialmente evitable si se adopta una visión más amplia y flexible de los deberes que imponen los derechos humanos, incluido el *ius migrandi*. Partiendo de la tesis de Waldron de que cada uno de estos no justifican la imposición de únicamente un deber sino, más bien, una «oleada de deberes», Oberman defiende que aquellos imponen también deberes de «segundo plano» (*background duties*), dirigidos a hacer posible la satisfacción de un derecho en aquellos casos en los que la escasez de recursos impide el cumplimiento del deber primario. Así, en un contexto en el que una apertura de las fronteras impusiera costes excesivamente onerosos para los países de acogida, el *ius migrandi* impondría otros deberes diferentes, fundamentalmente, obligaciones de implementar políticas que reduzcan los costes de levantar las restricciones a la inmigración creando las condiciones bajo las cuales la exclusión no sea necesaria. Quizás, la medida más importante en esta línea sea la creación de mayores oportunidades en los países pobres. Si estos llevan a cabo más reformas (fundamentalmente, medidas para luchar contra la corrupción), y los países ricos ofrecen una regulación más justa del comercio mundial, favorecen la reducción de la deuda externa, otorgan más y mejor ayuda exterior, etc., se reduciría entonces la presión migratoria y resultaría seguro para estos últimos levantar las restricciones a la inmigración (Oberman, 2015: 51-52). Para que la realización de estos deberes de segundo plano sea factible, son precisos, a su vez, deberes *dinámicos* que permitan, de modo progresivo, ir creando nuevas condiciones políticas e institucionales que superen el orden actualmente existente (Gilabert, 2011: 137-138).

## 7. CONCLUSIONES FINALES

Creo que, en último término, el debate en torno a cómo debe ser concebido el *ius migrandi* esconde una polémica más profunda sobre el concepto y la función de los derechos humanos en el plano internacional. La alternativa entre una concepción preferentemente política o ética de tales derechos está presente en toda la polémica examinada en torno a la existencia o no de un derecho humano a cruzar las fronteras y establecer la residencia en cualquier Estado. A mi juicio, hay varios aspectos de la primera de dichas concepciones que señalan acertadamente las razones por las que no es posible sostener esta tesis.

En primer lugar, además de que la intensidad alcanzada por las conexiones e interdependencias en el seno de los actuales Estados hace mucho más difícil (salvo en el caso de aquellos de gran tamaño y población) poder acceder a una gama adecuada de opciones de vida sin salir de las regiones o subunidades que lo conforman, el número de personas que necesitan moverse libremente dentro de estos para satisfacer intereses vitales es lo

suficientemente importante como para que tal necesidad deba ser protegida como un derecho fundamental. Frente a ello, dada su escasa magnitud, los supuestos señalados en los que la satisfacción de intereses vitales exigiría poder establecer la residencia en otro país no justificarían una protección tan general y fuerte como un derecho humano a la movilidad internacional, sino quizás solamente mayores facilidades para cruzar las fronteras en virtud de una política más generosa y flexible de visados. Lo cuestionable aquí no es que sean pocos los individuos que necesitarían beneficiarse de ese derecho. Estoy de acuerdo con Carens en que el hecho de que el número de los beneficiarios sea reducido no puede resultar determinante para la existencia de un derecho (2013: 249). No obstante, a mi juicio, el problema es justo el contrario: que una vez reconocido, nada impediría que pudieran beneficiarse de este individuos que no lo ejercerían para acceder a la satisfacción de intereses vitales sino de simples preferencias personales y subjetivas. De ser así, y puesto que el *ius migrandi* conlleva deberes positivos y no solo negativos, los obligados a satisfacerlos podrían, a diferencia de lo que ocurre en el plano doméstico, terminar asumiendo costes y sacrificios sociales y económicos muy significativos, cuyo cumplimiento no está claro que deba formar parte del contenido de los derechos humanos internacionalmente reconocidos.

En segundo lugar, ofrece una interpretación plausible de la función de los derechos humanos en la práctica internacional. La más significativa (Raz, 2010: 332) es la de imponer límites a la soberanía de los Estados cuya trasgresión justifique la acción internacional, pero no hasta el extremo de eliminarla. Un derecho humano a la movilidad internacional apenas dejaría margen a los Estados para tomar decisiones sobre la entrada de personas a sus territorios y este ámbito de decisión constituye una dimensión esencial de su soberanía. Por lo tanto, la operatividad de este derecho exigiría trascender el actual orden internacional westfaliano en favor de alguna forma de gobernanza mundial post-soberana, sin duda conceptualmente posible, pero que no solo no resulta factible implementar ahora o en un futuro cercano, sino que también puede resultar problemática para el ideal democrático (en este sentido Bayón, 2014).

En tercer lugar, porque, como acabo de indicar, asume que en el actual orden internacional resulta legítimo que, a la hora de delimitar los deberes que imponen los derechos humanos, los obligados a cumplirlos no tengan que asumir costes excesivamente severos o gravosos[13]. Determinar esto último no es una cuestión únicamente empírica sino también normativa, ya que depende de la existencia de otras obligaciones previas sobre el destino que debe darse a los recursos y oportunidades existentes en el seno de una comunidad política, particularmente, del deber de otorgar una atención

13. Como señala Tasioulas, el punto de partida para afirmar la existencia de un derecho humano (un derecho moral universal) es alguna consideración axiológica importante, alguna dimensión de la dignidad humana o uno o más intereses universales. Sin embargo, un derecho no es lo mismo que las consideraciones de valor que lo fundamentan. Al contrario, su existencia dependerá de si las consideraciones relativas a la dignidad y el interés individual son suficientes para imponer una obligación a los demás. Y una obligación, que es el contenido de un derecho, solo existirá si es factible, lo que a su vez está condicionado a que sea posible cumplirla sin una carga excesiva. Tasioulas, 2017: 22.

especial a las demandas de los compatriotas frente a las del resto de seres humanos. En contra, pues, de la habitual tendencia de los teóricos de la justicia global a ignorar este tipo de escenarios, la apertura de las fronteras sería uno de los supuestos en los que las lealtades patrióticas y las responsabilidades distributivas globales pueden colisionar (también estas últimas entre sí) y es necesario establecer prioridades.

Parece difícil cuestionar que todas estas razones pierden fuerza cuando el derecho a la movilidad internacional no se presenta como un derecho de la primera generación, como una libertad basada en el valor intrínseco de la autonomía personal, sino como un derecho instrumental para huir de la pobreza extrema. Sin duda, en este caso, determinar si las obligaciones que impone resultan excesivamente onerosas precisa de una aritmética moral diferente. Lo que se pondera ahora no es el acceso a mejores o más amplias opciones de vida, por un lado, y la mejora de la igualdad comparativa *intra republicam*, sino esto último y la satisfacción de necesidades muy básicas y urgentes. En principio, el peso de las segundas parece claramente mayor. Sin embargo, si el contenido de tal derecho de fuga incluye la opción de atravesar las fronteras de todos los Estados y no de cualquiera que permita el acceso a una vida mínimamente decente, entonces, en ausencia (como ocurre en la actualidad) de mecanismos institucionales, tanto a nivel regional como mundial, que garanticen una distribución equitativa de estos refugiados económicos, no puede descartarse que el derecho en cuestión pueda terminar imponiendo costes excesivamente onerosos sobre los Estados huéspedes. Con más motivo, si se demuestra que, más allá del beneficio relativamente inmediato que obtienen quienes logran «fugarse» de ella, existen otros medios más eficientes de aliviar o acabar globalmente con la privación absoluta que los obliga a migrar.

No hay duda de que, respecto a este último caso, pero también concebido en el sentido más fuerte por el que aboga el argumento de la continuidad lógica, la libertad para moverse a través de las fronteras dejaría de ser tan onerosa y, por tanto, de imponer deberes no factibles, en el marco de un orden mundial en el que no hubiese tantas diferencias de recursos y oportunidades entre quienes viven en distintos lugares del planeta. Eso nos sitúa, evidentemente, ante un horizonte muy distinto del actual orden mundial, difícilmente concebible o realizable en un futuro cercano. En ese sentido, la propuesta de Oberman de que el *ius migrandi* se transforme, aceptando que los deberes que impone a los Estados no pueden ser, en todas las circunstancias, permitir a quien lo desee entrar libremente y fijar la residencia en su territorio, sino otro tipo de responsabilidades globales, es una forma brillante de incorporar al contenido del derecho nuevas exigencias (de segundo plano, dinámicas) que propicien las transformaciones necesarias para hacer factible en el futuro su contenido primario y originario. De esta forma, aunque el derecho a la movilidad internacional no pueda exigir a los Estados la renuncia a su soberanía que suponen las fronteras abiertas, sí puede exigir otro tipo de deberes que la limiten en un sentido menos fuerte, pero al mismo tiempo crítico y superador del *statu quo.* En cualquier caso, las trasformaciones que conllevaría dar cumplimento a las obligaciones de implementar políticas que reduzcan los costes de levantar las restricciones a la inmigración son de tal calado, que no es exagerado concluir

que el *ius migrandi* sería «un derecho final, el sello de una utopía que por el momento es difícil, incluso, proponer en nuestros discursos» (Vitale, 2015: 84).

## 8. BIBLIOGRAFÍA


Abizadeh, A., 2008: «Democratic Theory and Border Coercion. No Right to Unilaterally Control Your Own Borders», *Political Theory*, 36 (1): 37-65.

Aguerre, L., 2016: *El fenómeno migratorio y su relación con la crisis de la noción de ciudadanía. Análisis de tres propuestas*, Buenos Aires, Universidad de Buenos Aires.

Azan, M & Hasseb, M., 2016: The impact of foreign remittances on poverty alleviation: global evidence. *Economics & Sociology* 9 (1): 264-281.

Barry, B., 1992: «The quest for consistency: A skeptical view», en Barry, B & Goodin, R (eds), *Free Movement. Ethical Issues in the Transnational Migration of People and Money*, Pennsylvania: The Pennsylvania State University Press: 279-287.

Baubock, R., 2009: «Global Justice, Freedom of Movement and Democratic Citizenship», *European Journal of Sociology*, 50, 1: 1-31.

Bayón, J., 2014: «Democracia más allá del Estado», en A. Ruiz Miguel (ed), *Entre el Estado ya la Cosmópolis. Derecho y Justicia en un mundo global*, Madrid: Trotta: 21-138.

Beitz, C., 2009: *The idea of human rights*, Oxford, Oxford University Press.

Benhabib, S., 2011: *Dignity in Adversity. Human Rights in Troubled Times*, Cambridge, Polity Press.

Blake, M., 2002: «Distributive justice, State Coercion, and Autonomy», *Philosophy and Public Affairs* 30 (3): 257-296.

Blake, M., 2005: «Immigration», en Frey, R. & Wellman, C. (eds), *A Companion to Applied Ethics*, Oxford: Blackwell: 224-237.

Blake, M., 2016: «Positive and negative rights of migration: a reply to my critics», *Ethics & Global Politics*, 9: 1-12.

Borjas, G. and Katz, L., 2007: «The evolution of the Mexican-born workforce in the United State», en Borjas, G. (ed), *Mexican Immigration in the United States*. Chicago, University of Chicago Press: 15-36.

Brock, G., 2009: *Global Justice: A Cosmopolitan Account*. Oxford: Oxford University Press.

Carens, J, 1992: «Migration and Morality: A libertarian egalitarian perspective», en *Free Movement:* ed. Brian Barry Brian and Robert Goodin, University Park, Pennsylvania: The Pennsylvania State University Press: 25-47.

Carens, J., 2013: *The Ethics of Immigration*, Oxford University Press.

Coccoli, L., 2014: «Il conflitto sull a mobilità alle soglie dell'età moderna. Riforma dell'assistenza ai poveri e ius migrandi», *Jura Gentium*, 1: 40-57.

Cole, P., 2011: «Towards a Right to Mobility» in Cole & Wellman, *Debating the Ethics of Immigration. Is there a right to exclude*? Oxford: Oxford University Press.

De Lucas, J., 2003: «Sobre las políticas de inmigración en un mundo globalizado», *Anuario de la Facultad de Derecho de la Universidad Autónoma de Madrid*, 7: 23-52.

De Soto, D. y de Robles, J, 2003 (1545): «Deliberación de la Causa de los pobres», en *El gran debate sobre los pobres en el siglo XVI*, Ariel Barcelona.

Dummet, 1998: «The transnational migration of people seen from within a natural law tradition», en Barry, B & Goodin, R (eds), *Free Movement. Ethical Issues in the Transnational Migration of People and Money*, Pennsylvania: The Pennsylvania State University Press: 169-180.

Entzinger, H., 2007: «Open borders and the Welfare State», en Pécoud, A. and De Guchteneire, P. (eds), *Migration Without Borders: Essays on the Free Movement of People,* N. York-Oxford, Bergham: 1119-138.

Ferrajoli, L., 2011: *Principia Iuris. La democracia Constitucional*, Trotta, Madrid.

Freiman, C & Hidalgo, J., 2016: «Liberalism or immigration restrictions, but not both», *Journal of Ethics & Social Philosophy*, 10 (2): 1-22.

Gilabert, P., 2012: *From global poverty to Global equality. A Philosophical Exploration*, Oxford: Oxford University Press.

Goodin, R., 1992: «If people were money…», en Barry, B & Goodin, R (eds), *Free Movement. Ethical Issues in the Transnational Migration of People and Money*, Pennsylvania: The Pennsylvania State University Press: 6-22.

Griffin, J., 2008: *On Human Rights*, Oxford: Oxford University Press.

Hidalgo, J., 2012: «Freedom, immigration and adequate options», *Critical Review of International Social and Political Philosophy*, 17 (2): 212-234.

Higgins, P., 2013: *Immigration Justice*, Edinburg: Edinburgh University Press.

Hoffe, O., 2007: *Democracy in the age of globalization*, Dordretch: Springer.

Hosein, A., 2013: «Immigration and Freedom of Movement», *Ethics and Global Politics*, 6 (1): 25-37.

Hulme, D., 2015: *Global poverty*. Abingdon: Routldge.

Ibister, J., 2000: «A Liberal Argument for Border Controls: Reply to Carens», *International Migrations Review* 34 (2,): 629-635.

Iglesias Vila, M., 2016: «¿Los derechos humanos como derechos especiales? Algunas ventajas de una concepción cooperativa de los derechos humanos», *Anuario de Filosofía del Derecho,* XXXII: 119-144.

Kukathas, C., 2014: «The Case for Open Immigration», en Cohen, A & Welmann, C (eds), *Contemporary Debates in Applied Ethics*, Chichester: Willey-Blackwell: 376-388.

Levitov, A., & Macedo, S., 2018: «Human Rights, Membership, and Moral Responsibility in an Unjust World. The Case of Immigration Restrictions», en Etinson, A (ed), *Human Rights: Moral or Political?* Oxford: Oxford University Press: 469-488.

Macadam, J., 2011: «An Intellectual History of Freedom of Movement: the right to leave as a personal liberty», *Melbourne Journal of International Law,* 12 (1): 27-56.

Macedo, S., 2001: «When and Why Should Liberal Democracies Restrict Immigration? », en Smith, R (ed), *Citizenship, Borders and Human Needs*, The University of Pennsylvania Press, Pennsylvania: 301-323.

Medrazza, S., 2005: *Derecho de fuga. Migraciones, ciudadanía y globalización*, Traficantes de Suelos, Madrid.

Miller, D., 2007: *National Responsibility and Global Justice*, Oxford: Oxford University Press.

Miller, D., 2008: «A response», *Critical Review of Social and Political Philosophy*, 11(4): 553-567.

Miller, D., 2010: «Why Immigration Controls are Not Coercive: A reply to Arash Abizadeh», *Political Theory*, 38 (1): 111-120.

Miller, D., 2014: «Personhood versus Hunan Needs as grounds for Human Rights», en CRISP, R. (ed), *Griffin on Human Rights*, Oxford: Oxford University Press: 152-169.

Miller, D., 2016a: «Is there a Human Right to immigrate? » en Ypi, L. & Fine, S. (eds), *Migration in Political Theory: The Ethics of Movement and Membership,* Oxford: Oxford University Press: 11-31.

Miller, D., 2016b: *Strangers in our Midst, The Political Philosophy of Immigration*, Harvard University Press.

Miller, R., 2010: *Globalizing Justice: The ethics of poverty and power*. Oxford: Oxford University Press, 2010.

Nagel, T., 2005: «The Problem of Global Justice», *Philosophy and Public Affairs*, 33: 113-47.

Nickel, J., 2007: *Making sense of Human Rights*, 2.ª edición, Massachussets: Wiley-Blackwell.

Oberman, K., 2015: «Poverty and Immigration Policy», *American Political Science Review,* 109 (2): 239-251.

Oberman, K., 2016: «Immigration as a human right», en Ypi, L. & Fine, S. (eds), *Migration in Political Theory: The Ethics of Movement and Membership,* Oxford: Oxford University Press: 35-56.

Pécoud, A & de Guchteneire, P., 2006: «International Migration, Border Controls, and Human Rights: Assessing the Relevance of a Right to Mobility», *Journal of Borderlands Studies*, 21 (1): 69-86.

Pendleton, M., 1998: «A New Human Right–the Right to Globalization», *Fordham International Law Journal*, 22 (5): 2052-2095.

Pevnick, R., 2011: *Immigration and the Constrains of Justice.* Cambridge: Cambridge University Press.

Pogge, T., 1997: «Migration and Poverty», en Bader, V. (ed) *Citizenship and exclusion*, Basingstoke: MacMillan: 12-27.

Rawls, J. 1999: *The Law of Peoples with «The idea of Public Reason Revisited»*, Massachusetts: Harvard University Press.

Raz, J, 1986: *The Morality of Freedom*, Cambridge: Cambridge University Press.

Raz, J. 2010: «Human Rights without foundations», en Besson, S. & Tasioulas, J. (eds), *The Philosophy of International Law*, Oxford: Oxford University Press: 321-338.

Risse, M., 2012: *On Global Justice*, New Jersey: Princeton University Press.

Rodriguez-Toubes, J., 2012: «La reducción al absurdo como argumento jurídico», *Doxa*, 35: 91-124.

Seglow, J., 2005: «The Ethics of Immigration», *Political Studies Review* 3 (3): 3-21.

Tasioulas, J. 2017. «Minimum Core Obligations: Human Rights here and now». Accessible en https://openknowledge.worldbank.org/handle/10986/29144. (acceso 15/11/2018).

Turégano Masilla, I., 2015: «Distinguiendo los fundamentos de las responsabilidades globales: la prioridad de la inclusión democrática», en Arcos Ramírez, F. (editor), *La justicia y los derechos en un mundo globalizado*, Dykinson, Madrid: 15-47.

Shachan, A., 2009: *The Birthright Lottery. Citizenship and Global Inequality*. Massachusetts: Harvard University Press.

Valentini, L., 2012: «In what sense are human rights political?», *Political Studies*, 60: 180-194.

Van Der Ven, R., 2008: «Reasonable partiality for compatriots and the global responsibility gap», *Critical Review of Social and Political Philosophy*, 11 (4): 413-432.

Velasco, J., 2016: «Open-border Immigration Policy», *Migraciones Internacionales*, 8 (4): 41-72.

Velasco, J., 2017: *El azar de las fronteras*, México: Fondo de Cultura Económica.
Vitale, E., 2015: «Derecho a emigrar. El cumplimiento de la edad de los derechos», en Peña, L. (ed), *Pasando fronteras. El valor de la movilidad humana*, Plaza y Janés, Madrid: 63-84.
Wellman, C., 2016: «Freedom of Movement and the Rights to Enter and Exit», en Ypi, L. & Fine, S., (eds), *Migration in Political Theory: The Ethics of Movement and Membership,* Oxford: Oxford University Press: 80-103.
Young, C., 2017: «Immigration Rights and the Justification of Immigration Restrictions», *Journal of Social Philosophy*, 48 (4): 461-480.

Doxa. Cuadernos de Filosofía del Derecho, (2020), *43*
e-ISSN: 2386-4702 | ISSN: 0214-8676

# La objeción de conciencia y el diálogo judicial

## Conscientious Objection and Judicial Dialogue

Marc-Abraham Puig Hernández

**Autor:**
Marc-Abraham Puig Hernández
Universidad de Barcelona, España
marcph@icab.cat
https://orcid.org/0000-0002-1960-9903

**Recibido:** 11-3-2019
**Aceptado:** 3-9-2019

**Citar como:**
Puig Hernández, Marc-Abraham, (2020). La objeción de conciencia y el diálogo judicial. Doxa. Cuadernos de Filosofía del Derecho, *43*, pp. 313-339. https://doi.org/10.14198/DOXA2020.43.12

**Licencia:**
Este trabajo se publica bajo una Licencia Creative Commons Atribución 4.0 Internacional.

© Marc-Abraham Puig Hernández

**Resumen**

Con la STC 145/2015, de 25 de junio, se dio un paso más respecto a la configuración del alcance general del derecho a la objeción de conciencia. Sin embargo, podemos hacer una lectura positiva y otra negativa de la misma. En este trabajo pretendo sostener: 1) que las consecuencias negativas tienen mayor relevancia porque circunscriben su ejercicio a un supuesto; y 2) que los precedentes de derecho extranjero e internacional hubieran contribuido a asentar las razones de la decisión del TC que ya se desprenden del derecho español. Para ofrecer una explicación teórica del segundo punto, debemos acudir a la propuesta del diálogo judicial como equilibrio reflexivo amplio.

**Palabras clave**: objeción de conciencia; libertad ideológica; no uso del derecho extranjero; diálogo judicial.

**Abstract**

SCCD 145/2015 offered a new step towards setting the general scope of the right to conscientious objection and it is possible to highlight positive and negative consequences. In this essay I try to show that: 1) negative consequences have a broader significance as confine its exercise to one assumption; 2) judicial precedents, from foreign and international law, would have contributed to solidify the SCC decision based only on Spanish law. In order to show a theoretical explanation to point two, we must draw on reflexive equilibrium as judicial dialogue proposal.

**Keywords**: conscientious objection; ideological freedom; foreign law non-use; judicial dialogue.

## INTRODUCCIÓN

El objetivo del presente trabajo es contribuir a determinar el alcance general del derecho a la objeción de conciencia y al mismo tiempo buscar una explicación teórica relativa al diálogo judicial adecuada al no uso del derecho extranjero dado en la STC 145/2015, de 25 de junio (en adelante STC 145/2015).

En nuestro ordenamiento jurídico, el alcance general de este derecho viene justificado en tanto que una de las posibles manifestaciones de la libertad ideológica. Con la sentencia analizada podemos observar dos cuestiones al respecto: una positiva, la innecesaria intervención del legislador para regular el ejercicio y la protección judicial de este derecho; y una negativa, el impedimento tanto del ejercicio de otros derechos legítimos como del cumplimiento de las obligaciones de terceros mediante el ejercicio de un derecho personalísimo. La cuestión negativa nace de la decisión del TC, que recurre a una argumentación cuestionable, si tenemos en cuenta la confusión generada respecto al alcance de este derecho y el haberse apartado de los precedentes. El TC no hizo uso del derecho extranjero e internacional, que podría haber contribuido a asentar las razones para decidir el caso. Analizaremos como el TC no hizo uso de ellos a fin de contribuir con una explicación novedosa acerca de los modelos teóricos de diálogo judicial, esto es, a través del no uso del derecho extranjero.

La hipótesis que pretendemos defender en este trabajo es, en primer lugar, que las consecuencias negativas de la STC 145/2015 tienen mayor repercusión que las positivas, y con el uso del derecho extranjero e internacional se hubiera contribuido a asentar las buenas razones para decidir el caso que ya se desprenden del derecho español; y, en segundo lugar, que existen argumentos suficientes para sostener que solo uno de los modelos teóricos de diálogo judicial es compatible con ello. Ello implica una serie de opciones metodológicas, tales como:

1) La selección de la fuente y de la temática. Hemos acudido a la STC 145/2015 porque en efecto el TC se aparta del derecho extranjero que habían venido empleando los tribunales ordinarios para decidir el caso y porque la temática no es homogénea en las distintas jurisdicciones, como son la española, la francesa y el foro de Estrasburgo. La temática es la relativa al denominado derecho genérico a la objeción de conciencia, que una vez delimitada según nuestro objetivo, nos será de utilidad para cuestionar los distintos modelos teóricos de diálogo judicial a través de los argumentos empleados por el TC en su decisión.
2) El concepto de derecho (genérico) a la objeción de conciencia. Los medios propuestos en las normas para alcanzar los fines exigidos por el Derecho (obligaciones) generan un conflicto insuperable de conciencia, compuesto por el mínimo ético contenido en un deber concreto que respalda la mayoría, a través del legislador, y por el mínimo ético que defiende el ciudadano en minoría para cumplir con el ordenamiento jurídico. Se plantea de esto modo la exención a un deber concreto para respetar la libertad de conciencia del individuo. Una excepción que confirma la regla de cumplir con el resto del ordenamiento.

3) Una definición previa de los modelos teóricos de diálogo judicial. La doctrina jurídica ha discutido principalmente sobre los siguientes tres modelos:
   a) Modelo de la resistencia. De acuerdo con este modelo, los materiales jurídicos extranjeros nunca pueden ser relevantes para interpretar la propia constitución, pues ponen en entredicho el autogobierno de los tribunales estatales.
   b) Modelo de la convergencia. Se aboga por que las prácticas constitucionales estarían destinadas a converger mediante el uso del derecho internacional y de otras jurisdicciones.
   c) Modelo de la imbricación. En este tipo, el derecho extranjero o internacional no se trata como presuntamente vinculante y, sin embargo, los tribunales no excluyen las fuentes y la experiencia del derecho extranjero para tomar decisiones.

De acuerdo con las coordenadas en las que se circunscribe esta temática, el trabajo lo estructuramos de la siguiente manera: 1) por una síntesis del caso resuelto en la STC 145/2015 y unas consideraciones previas al alcance general del derecho a la objeción de conciencia; 2) por las consecuencias de hallarnos ante un derecho personalísimo; y 3) por el no uso del derecho extranjero e internacional en la decisión del TC.

## I. LA STC 145/2015 Y EL ALCANCE DEL DERECHO A LA OBJECIÓN DE CONCIENCIA

En la STC 145/2015 se discute el alcance general del derecho a la objeción de conciencia. Veamos, en primer lugar, qué hechos dieron origen a este pronunciamiento para así, en segundo lugar, pasar a observar algunas de las consideraciones hechas al alcance de este derecho.

### 1. El caso del farmacéutico objetor

En la STC 145/2015 se discutió el ejercicio del derecho genérico a la objeción de conciencia de un farmacéutico. Los tribunales ordinarios habían negado la posibilidad de ejercer este derecho para eximirse del cumplimiento del deber de disponer de cierta medicación que viene fijada por la legislación andaluza. Este incumplimiento repercute sobre otro deber, a saber, la obligación del farmacéutico de dispensar la medicación prescrita legalmente o solicitada por el paciente y que prohíben los precedentes.

El TC contempló el ejercicio de este derecho apartándose de las decisiones de los tribunales ordinarios, que se apoyaron en las decisiones del TEDH y los tribunales franceses sobre un caso similar en Francia. En tanto contemplaron aquellas decisiones, las sentencias de los tribunales ordinarios españoles, la del TEDH y las de los tribunales franceses coincidieron en un mismo sentido: los farmacéuticos no podrían negarse a

dispensar la medicación por razones de conciencia. Sin embargo, el TC entendió que sí puede eximirse de disponerlos.

Prestaremos ahora atención al caso que da lugar al pronunciamiento del TC, al que recurriremos asiduamente a lo largo del trabajo. Los hechos que dan lugar a esta sentencia pueden resumirse de la siguiente manera.

Un hombre solicitó preservativos en una farmacia del centro de Sevilla, pero el farmacéutico no se los dispensó al no tener en el almacén. La reclamación administrativa del cliente dio lugar a una inspección en la farmacia. Y con la inspección se evidenció que el establecimiento no disponía ni de preservativos ni del principio activo levonorgestrel 0,750 mg. (comúnmente denominado «la píldora del día siguiente»).

El motivo que arguyó el farmacéutico cotitular del establecimiento para no disponer de ellos consistía en ser objetor respecto a los medicamentos con efectos abortivos. La Administración sancionó a dicho farmacéutico, persona distinta a quien no dispensara los preservativos, bajo el motivo de haber contravenido la Ley andaluza que establece el listado de medicamentos que deben disponer las farmacias. Dicho farmacéutico hizo valer su condición de objetor amparándose en los Estatutos del Colegio de Farmacéuticos de Sevilla y en el Código Deontológico de su profesión, tanto frente a la Administración como ante los tribunales ordinarios, quienes sistemáticamente no reconocieron el derecho a la objeción de conciencia. La decisión se fundamentó en concordancia con la STEDH de 2 de octubre de 2001, asunto *Pichon et Sajous vs. Francia* y con las decisiones de los tribunales franceses que originaron el pronunciamiento del TEDH[1].

Finalmente, el TC otorgó el amparo y reconoció la objeción de conciencia como contenido esencial del derecho fundamental a la libertad ideológica. A tales efectos, se centró en la disposición de los medicamentos en el almacén y no en la dispensación, como venían haciendo el resto de tribunales. Declaró haber derecho respecto al principio activo levonorgestrel 0,750 mg., no así respecto a los preservativos: aceptó que las convicciones éticas del farmacéutico contra los posibles efectos antiabortivos del fármaco justifican la exención del deber, mientras que en el caso de los preservativos no observaríamos los efectos antiabortivos, sino los de anticoncepción e higiene[2].

1. En el caso discutido en estos precedentes, dos farmacéuticos franceses se negaron a dispensar medicamentos anticonceptivos prescritos legalmente. Como puede verse en González Saquero (2008: 243-282), este criterio coincide con el que habían seguido los tribunales españoles en la interpretación de los derechos de los farmacéuticos.
2. En nuestra opinión, no hay justificación para esta diferencia. El fármaco levonorgestrel 0,750 mg. es igualmente un método anticonceptivo si advertimos que su finalidad es la de impedir la concepción en las horas siguientes al coito y no así habilitar un efecto abortivo, que técnicamente requiere desechar un embrión. En este caso, al impedir el contacto entre gametos (o su posible desarrollo celular), no se da lugar a la formación de ese embrión y el aborto carecería de objeto. El fármaco y el profiláctico tienen idéntica finalidad anticonceptiva, pero según nuestro ordenamiento jurídico nos encontramos ante dos métodos que reciben diferente trato: el primero es inconstitucional mientras que el segundo es constitucional.

## 2. Consideraciones acerca del alcance general del derecho a la objeción de conciencia

El alcance general del derecho a la objeción de conciencia no es una cuestión pacífica para los juristas[3]. A continuación, vamos a prestar atención a las normas que habilitan ejercer este derecho a tenor de la jurisprudencia del TC. Para ello, encontramos necesario destacar, al menos, los siguientes aspectos: que el derecho a la objeción de conciencia tiene carácter genérico por su vinculación con el derecho fundamental a la libertad ideológica y que de dicho vínculo procede el denominado límite de orden público.

### *i. Ejercicio del derecho en virtud de la libertad ideológica*

En nuestro ordenamiento jurídico, la objeción de conciencia es una de las posibles manifestaciones de la libertad ideológica proclamada en el artículo 16.1 CE, de acuerdo con una reiterada jurisprudencia constitucional[4]. El derecho «genérico» a la objeción de conciencia es un derecho que no se encuentra expresamente recogido en el texto constitucional, sino que se vincula necesariamente con el respeto de esta libertad. De ahí que se haya afirmado que de la CE se derivan dos tipos explícitos (la objeción de conciencia al servicio militar y la cláusula de conciencia de los profesionales de la comunicación, recogidos en los artículos 30.2 y 20.1.d respectivamente) y uno implícito (a través de la manifestación de la libertad ideológica del 16.1) de objeción de conciencia[5].

Al contener tres modos de objeción de conciencia (dos explícitos y uno implícito), podemos realizar una distinción categórica entre dos tipos de ejercicio. Para Prieto Sanchís (2013) hay lugar a una objeción *a priori* (regulada, como en el caso del servicio militar) y otra *a posteriori* (no regulada), o implícita, donde la objeción sería considerada por los jueces una vez se incumple el mandato y como justificación de la conducta contraria a la exigida por el ordenamiento jurídico.

En perspectiva teórica, necesitamos la existencia de una norma que autorice incumplir un determinado deber por parte del sujeto ya sea con carácter general o para casos particulares. En efecto, se presupone la existencia de una norma que permita la excepción a determinadas obligaciones o a soportar la sanción por su incumplimiento[6].

3. Podemos ver posturas contrapuestas, por un lado, en las obras de González Pérez, 2017 y Díez-Picazo Giménez, 2013 y, por otro lado, en Navarro-Valls y Martínez-Torrón, 2011, Ruiz Miguel, 1986-1987: 399-421 y Gascón Abellán, 1990.
4. *Vid*., entre otras: SSTC 15/1982, de 23 de abril; 53/1985, de 11 de abril; 160/1987, de 27 de octubre; 321/1994, de 28 de noviembre. Las dos últimas sentencias son igualmente controvertidas, pues se confunde objeción de conciencia con otras figuras de insumisión al ordenamiento. En la jurisprudencia citada, el TC admite el ejercicio de la objeción de conciencia fuera de los casos expresamente previstos por la CE, aunque su ejercicio parece estar relegado a la intervención del legislador, cuestión que quedó zanjada con la STC 145/2015 que discutimos en este trabajo. Otra decisión del TC en esta línea es el ATC 1227/1988, de 7 de noviembre.
5. Para un examen más extenso de esta cuestión, *vid*. Escobar Roca, 1993: 203 y ss.
6. Prieto Sanchís, 2013: 286.

Veámoslo desde la lógica de la aplicabilidad y la pertenencia de la objeción de conciencia al sistema normativo. Para este autor, la presuposición de esa norma estaría indicando, de forma resumida, que a un caso individual, instancia del caso genérico C, le es de aplicación la norma N (derecho a la objeción de conciencia) del sistema S (nuestro ordenamiento jurídico) si y solo si otra norma N1 (por ejemplo, la CE) perteneciente al mismo sistema S indica que N resulta de aplicación a los casos individuales que son instancias de C[7].

De igual modo que cualquier otra norma, el derecho a la objeción de conciencia igualmente requiere que N1 (una norma perteneciente a S) permita la exención al cumplimiento del deber: si y solo si otra norma N1 perteneciente a S1 «indica» que resulta de aplicación.

En nuestro ordenamiento jurídico, N1, la norma perteneciente al ordenamiento jurídico S y que indica aplicar este derecho, es la CE. Y, en efecto, de la propia CE entendemos que el cumplimiento de determinadas obligaciones puede suponer una afrenta a la libertad ideológica, o de conciencia, según la terminología que empleemos. De existir estas libertades en nuestro ordenamiento jurídico y de que su contenido se garantice constitucionalmente, sería jurídicamente imposible vincular la objeción de conciencia con la desobediencia civil o cualquier otra figura que suponga la insumisión.

A diferencia de otras figuras, la objeción de conciencia constituye plenamente una cuestión jurídica. La exención del cumplimiento del deber constituye un dilema de contradicciones jurídicas que los tribunales deben resolver, al existir razones tanto para hacer cumplir la ley como para aceptar la exención y respetar así la libertad de conciencia del individuo.

Con lo expuesto, detengámonos a realizar dos observaciones. La primera, al ser una cuestión estrictamente jurídica, y que por tanto no implica entrar en ninguna disputa entre Derecho y Moral, su planteamiento en sede judicial presentó la exigencia de ser resuelta pese a no encontrarse expresamente regulada. Y, la segunda, los tribunales debían decidir si dicha cuestión se resolvía mediante la figura de los derechos y obligaciones.

En el aspecto teórico, tanto el TC como el TEDH tuvieron que dar respuesta al siguiente problema configurado por dos conductas incompatibles entre sí según su carácter deóntico:

Por un lado, es obligatorio cumplir con el ordenamiento jurídico. El cumplimiento del Derecho implica que los destinatarios de las normas en algún grado adecúan su comportamiento al que estas exigen. En caso de no hacerlo, se les motiva, obliga o incluso sanciona por ello[8].

Por otro lado, está prohibido violar los derechos fundamentales. Todo derecho supone una pretensión legítima y, en este caso, el cumplimiento de un deber conlleva

7. En cuanto a la pertenencia y aplicabilidad de las normas, seguimos la obra de Navarro y Moreso, 1996: 119-139.

8. Tomamos la noción de cumplimiento de Navarro, 1990: 88-91.

la violación de otro derecho como el de la libertad ideológica, que goza de las mayores garantías según nuestro ordenamiento jurídico.

Se plantea la justificación de optar entre lo obligatorio, según la norma N1, y lo prohibido, según la norma N2. La interpretación sobre la que convergen el TC y el TEDH es que, entre habilitar el cumplimiento de la obligación o proteger los bienes sobre los que está prohibido inmiscuirse, del segundo nace el derecho para acogerse al mínimo ético que el ciudadano respalda para cumplir con el resto del ordenamiento. Consecuentemente, ambos tribunales convergen en que el derecho genérico a la objeción de conciencia constituye una de las posibles manifestaciones de esa libertad. Y, además, es un derecho «genérico» en tanto la prohibición relativa al respeto de un derecho fundamental puede materializarse en cualquier situación jurídica. Coinciden, en definitiva, en un derecho que expresamente no se encuentra reconocido ni en el derecho nacional ni en la norma internacional de referencia, sino que nace de la coacción al individuo en su ámbito garantizado de libertad.

### *ii. La innecesaria intervención del legislador*

La STC 145/2015 tiene una consecuencia positiva respecto al alcance general del derecho a la objeción de conciencia: la innecesaria intervención del legislador para regular su ejercicio, hecho habitualmente referido por *interpositio legislatoris*. Podemos afirmar que, una vez otorgado el amparo, estamos en presencia de un derecho constitucional, en otras palabras, ante una de las manifestaciones del derecho fundamental a la libertad ideológica que se garantiza en sede judicial.

De esta consecuencia podemos encontrar razones para dar un sentido diferente al límite «de orden público definido por ley» del artículo 16.1 CE, de aplicación a la libertad ideológica y, por tanto, al alcance genérico de este derecho. Para Prieto Sanchís y Gascón Abellán, el límite de este derecho no es una cuestión sencilla de acotar, porque el orden público es un concepto impreciso, por caber otro tipo de limitaciones a este derecho más allá del orden público y porque la libertad de conciencia, al mismo tiempo, supone un límite para el orden público. Sin embargo, entre las observaciones acerca del orden público de estos autores no encontramos articulada una referencia a la característica que exige la propia norma: que esté definido por ley.

Se ha defendido que el orden público consiste en un concepto jurídico indeterminado el cual en efecto puede determinarse en el caso concreto mediante algún proceso capaz de desembocar en la solución correcta[9]. Aparentemente, esta doctrina desoye que el orden público constituye una noción abierta a concepciones plurales de moralidad y juicios de valor como se desprende de la jurisprudencia constitucional sobre el artículo 16.1 CE. Ahora bien, tampoco debemos suponer que el horizonte axiológico de una constitución tenga que ser indefinido por el hecho de ser plural. Más bien el orden

9. García de Enterría, 1974: 35.

público se situaría entre las dos posturas: la predeterminación en el caso concreto y la concepción abierta, propia de una sociedad plural. Y el instrumento jurídico que ofrezca solidez a un concepto de orden público que da lugar a concepciones tan contrapuestas no puede ser otro que la ley. El propio ordenamiento jurídico es el que nos define las coordenadas de ese orden.

En una situación concreta, acudiremos al régimen jurídico que regula esa determinada situación, verbigracia, las normas contractuales o el Derecho Administrativo. En ausencia del régimen jurídico específico de una situación, el propio ordenamiento nos exige el máximo respeto de los derechos fundamentales y de los principios y valores constitucionales. El orden público «definido por ley» no puede significar otra cosa que la debida observancia del ordenamiento jurídico, una suerte de remisión al Derecho imperativo propio de toda situación jurídica y, en su ausencia, al contenido que siempre debe respetarse, y que por tanto es igualmente imperativo.

Si bien este límite de orden público nos recuerda que la libertad ideológica se ejerce en potencial concurrencia con otros derechos y obligaciones de carácter imperativo, así la propia CE nos estaría indicando la necesidad de ponderar la situación, y al mismo tiempo nos sugiere que el legislador haya determinado el régimen jurídico de las relaciones intersubjetivas. Esto es, en lugar de que el juez esclarezca en cada caso qué normas imperan en un ámbito jurídico, el orden público «definido por ley» constituye un mandato al legislador para que efectivamente lo defina.

De ser cierto que el legislador tiene la potestad, y en virtud de lo expuesto podemos afirmar también la obligación, de definir el marco jurídico de una relación, la *interpositio legislatoris* no se proyecta como un límite al alcance del derecho genérico a la objeción de conciencia, sino al legislador, a fin de determinar el régimen jurídico de cualquier relación.

A nuestro modo de ver, es ahora cuando adquieren relevancia las posturas de Gascón Abellán y Prieto Sanchís cuando afirman que los límites del derecho a la objeción de conciencia son los límites propios de todo derecho fundamental. Dicho límite procede de haber determinado con qué derecho entra en conflicto nuestro derecho fundamental. De ahí la necesidad de un orden público definido normativamente: según las circunstancias particulares del caso, la aplicación de uno de los dos límites (el que un derecho le supone a otro mutuamente) debe desplazar, o excepcionar, la eficacia del otro, como defienden los autores.

Finalmente, observamos que esta explicación concuerda con el amparo otorgado en la STC 145/2015. El derecho a la objeción de conciencia se ponderó con las normas imperativas que el legislador andaluz había establecido para garantizar los derechos constitucionales básicos como el acceso a la medicación prescrita que se sigue de la jurisprudencia relativa al artículo 43.2 CE. En definitiva, la intervención del legislador no es necesaria para garantizar el ejercicio del derecho a la objeción de conciencia, sino para definir el régimen jurídico de los ámbitos en que pueda acontecer.

## II. UN DERECHO PERSONALÍSIMO

En este epígrafe analizaremos por qué estamos en presencia de un derecho personalísimo, si ello impide un ejercicio colectivo del mismo y si esta explicación concuerda con la argumentación del TC.

En primer lugar, observaremos, a través de un ejemplo de Derecho comparado, las razones para justificar el ejercicio colectivo de un derecho personalísimo. Y, en segundo lugar, veremos que, al distinguir entre dispensación y disposición de medicamentos, el TC creó un verdadero embrollo jurídico acerca del ejercicio de este derecho.

### 1. El derecho personalísimo y la posibilidad de su ejercicio colectivo

Con la sentencia del Tribunal Constitucional chileno de 2 de agosto de 2017 se despenalizaron en Chile tres causas de interrupción del embarazo (inviabilidad del feto, peligro para la vida de la madre y embarazo por violación) y se estableció la denominada «objeción institucional» de los centros hospitalarios[10], que permite tanto a los cirujanos como al equipo médico formular objeción en la participación en la interrupción del embarazo. Se abrió el debate acerca del ejercicio colectivo del derecho a la objeción de conciencia.

Este derecho nos sitúa ante un conflicto personalísimo que vinculamos prima facie a la persona humana. Sin embargo, según el derecho a la libertad ideológica, las empresas pueden adoptar un ideario y, además, tienen la facultad de difundirlo a través de imponer ciertas obligaciones laborales, función característica de las empresas ideológicas o de «tendencia»[11]. De ahí aceptamos un ejercicio colectivo de este derecho.

Debemos advertir un cierto grado de moralidad en las empresas puesto que, en su ausencia, una empresa no podría adoptar una determinada ética empresarial, tampoco difundirla, ni podríamos incluso impetrar la responsabilidad criminal de una corporación por delinquir, al ser un elemento esencial del Derecho Penal la voluntad de cometer el delito. Si no aceptáramos que las empresas pueden adoptar un ideario, tampoco podríamos criminalizarlas ni utilizarlas para perseguir fines ideológicos, como la difusión de una religión en el caso de los centros docentes privados. En definitiva, si son sujetos para responder penalmente por ilícitos, también lo serán para acogerse

10. Derecho que modifica el artículo 119 ter del Código Sanitario chileno.

11. En nuestro ámbito doctrinal, el término «empresa ideológica» tiene la primera referencia en Aparicio Tovar, 190: 269-306. En cuanto al ámbito judicial, si prestamos atención a la primera sentencia del TC que incorporó el concepto de empresa ideológica, encontraríamos motivos para desestimar las razones esgrimidas en la sentencia chilena. En la STC 106/1996, de 12 de junio, que destacaba la ausencia por entonces de una normativa estatal relativa a empresas y organizaciones ideológicas, se explicó que, a diferencia de un centro educativo, un hospital religioso no entraría dentro de esta categoría debido a que la principal función de este centro sería la sanitaria por encima de la función ideológica. Y, en el ámbito normativo, la primera referencia vino posteriormente con el artículo 4 de la Directiva 2000/78/CE y la Ley 62/2003, de 30 de diciembre, traspositiva de esa directiva.

al ideario que han adoptado legalmente para realizar las actividades empresariales que dirigen a la consecución de un fin ideológico. Y una sociedad, una institución, o ese centro hospitalario o docente, es una agrupación de personas que pueden acogerse conjuntamente al ideario que las une en las actividades que llevan a cabo. Luego, no nos debe extrañar la posibilidad del ejercicio colectivo del derecho a la objeción de conciencia cuando surge un conflicto ético con su ideario.

Ahora bien, diferente es el supuesto en que acogerse a este derecho, para exigir el respeto a su ideario, supone el impedimento para que terceras personas ejerzan derechos legítimos. En el caso chileno, el ejercicio «institucional» solamente repercute en determinados centros concertados: los centros públicos tienen la obligación inexcusable de cumplir con el ordenamiento por la neutralidad ideológica de las instituciones públicas, no así los centros de tendencia que tienen una ética garantizada por el propio ordenamiento a través de la libertad ideológica o de pensamiento. A los centros concertados debe acudirse de propia voluntad y solicitar los servicios obstétricos o ginecológicos. En este caso, el ejercicio «institucional» de la objeción de conciencia no impide el derecho a interrumpir el embarazo por alguna de las tres causas reconocidas en la sentencia, dado que puede acudirse a un centro público y verse satisfecho.

En cambio, en el caso de la STC 145/2015 no podemos hacer valer estas razones. Encontramos que, al menos, son dos los motivos que nos impiden la misma justificación que en el caso chileno: la cotitularidad del establecimiento farmacéutico y los casos en que la farmacia esté de guardia.

Por un lado, a diferencia de las empresas ideológicas, en el caso del farmacéutico objetor, la titularidad del establecimiento es compartida. Junto a este farmacéutico existe otro titular del mismo. Cuando el objetor hizo valer sus convicciones, alegó haber constatado su condición en el registro del colegio de farmacéuticos. No era la ética empresarial o el ideario del establecimiento lo que invocó, sino su propia condición. No hay ninguna prueba de que el establecimiento siguiera una ideología determinada, sino que uno de los cotitulares dejó constancia de sus convicciones. De ahí que la exención al deber, en cualquier caso, pudiera justificarse para este farmacéutico y no así para el conjunto del establecimiento.

Y, por otro lado, tampoco se cumple la condición de poder dispensar los medicamentos en otra farmacia cuando el establecimiento del objetor esté de guardia. En la sentencia chilena, los centros obstétricos concertados no impiden que cualquier ciudadano acuda a un centro público. Queda en una decisión de los particulares acudir a uno u otro. Sin embargo, en el caso del farmacéutico sevillano, cuando el establecimiento sea designado de guardia quedaría eliminaría la posibilidad de acudir a otra farmacia cercana. En ese caso, dicho establecimiento no dispondrá del mínimo de medicamentos exigido por la normativa andaluza y el derecho a la salud quedará temporalmente desprovisto de garantías.

La decisión abre una serie de interrogantes, tales como:

a) No se fundamentó qué habilita el ejercicio de un derecho fundamental. En el amparo, el TC hizo valer que cualquier persona puede acudir a otra farmacia cercana para obtener los medicamentos. Como hemos visto, no puede ser el presupuesto que justifique la aplicación de un derecho fundamental siempre y cuando impida ejercer otros derechos fundamentales o que se cumplan otras obligaciones.
b) Se creó confusión en torno a la estructura y a la naturaleza de este derecho al crear una nueva norma. En la STC 145/2015 coincide la titularidad del derecho en la figura del farmacéutico y la del establecimiento de farmacia. El objetor es el farmacéutico cotitular, sin embargo, la objeción repercute sobre la obligación de disponer del otro cotitular y la del resto del personal de la farmacia, quienes, en caso de querer cumplir con el ordenamiento, por ejemplo, al estar de guardia, deberían objetar a la norma que ahora les impone el deber de respetar las creencias del farmacéutico cotitular. Carece de justificación tener que objetar para cumplir con la obligación jurídica previamente objetada. La decisión del TC debería eximir del cumplimiento de una obligación, la del farmacéutico objetor, sin que ello creara una nueva obligación, una nueva norma, contra la que otros sujetos nuevamente deban objetar.
c) Se apartó de las decisiones precedentes de los tribunales ordinarios y, especialmente, de la decisión del TEDH sin ofrecer mayor justificación que el cambio no fundamentado de presupuesto. Ciertamente, disposición y dispensación son presupuestos distintos, con deberes y obligaciones diferenciadas. No obstante, existe una relación entre ambas que no puede ignorarse en la decisión, y que trataremos de exponer a lo largo del siguiente epígrafe.

En síntesis, el amparo al farmacéutico objetor impide el ejercicio de otros derechos legítimos y, al mismo tiempo, el cumplimiento de las obligaciones impuestas por el ordenamiento jurídico a terceras personas. Y ello es porque el derecho personalísimo de un farmacéutico se impone al resto del personal de farmacia tras diferenciar entre dispensación y disposición de los medicamentos. Veamos detenidamente la relación entre ambos conceptos y algunas consecuencias de la decisión del TC relativas al ejercicio colectivo de este derecho.

## 2. Dispensación, disposición y la relación entre ambos conceptos

Para otorgar amparo, el TC diferenció entre la objeción a dispensar y a disponer medicamentos. De esta manera, se apartó de los precedentes que impedían garantizar este derecho. Ahora bien, el TC obvió que entre estos dos supuestos se da una relación lógica necesaria que impediría desoír las decisiones anteriores.

En la relación entre ambos supuestos, debemos asumir que, para poder dispensar la medicación es un requisito necesario disponerla en el almacén del establecimiento. Esto es, si no disponemos de ella (¬D1), entonces no podemos dispensarla (¬D2). Y, al

revés, si la dispensamos (D2) es porque hay existencias en el almacén (D1). Entonces, parece argumentable que todo lo que es condición necesaria de lo obligatorio, es también obligatorio. Una vez aceptado este principio, estaríamos en condiciones de afirmar que, si es obligatorio dispensar cierta medicación, también es obligatorio tenerla en el almacén, esto es, disponer de ella.

Si observamos los precedentes, como está prohibido ¬D2 por motivos de conciencia, es lógico suponer que los mismos motivos están prohibidos para su condición necesaria: estaría también prohibido ¬D1. Sin embargo, el TC no observó el principio de esta relación y entendió que los precedentes únicamente prohíben no efectuar la dispensación (¬D2).

Por consiguiente, en la relación entre D1 y D2, la primera es una condición necesaria de la segunda, pero solo está prohibido ¬D2. De ahí obtenemos una serie de posibilidades:

En primer lugar, si no hay existencias disponibles por motivos de conciencia (¬D1), cualquier posibilidad de dispensar queda suprimida (¬D2).

En segundo lugar, si hay existencias disponibles (D1), presumiblemente van a ser dispensadas con independencia de los motivos de conciencia (D2), porque es obligatorio D2 al estar prohibido ¬D2.

Pero cabe una tercera posibilidad. Con existencias disponibles (D1) cabe que no sean dispensadas por motivos de conciencia (¬D2).

Configuramos la tabla lógica de la siguiente manera:

1. D1 ^ D2.
2. D1 ^ ¬D2.
3. ¬D1 ^ ¬D2.

Vemos que, en atención al principio señalado, no es posible una cuarta posibilidad: ¬D1, pero sí D2. Es materialmente imposible que si no hay medicamentos los podamos dispensar.

Según el TC, los precedentes harían referencia a la situación 2 de la tabla: no caben motivos de conciencia para no dispensar las existencias; el TC entiende que esta prohibición ocurre en relación a si hay existencias en el almacén. Pero ello es incoherente con el hecho de que la existencia en el almacén sea condición necesaria de la prohibición: si está prohibido ¬D2 por motivos de conciencia entonces es obligatorio D2, y aunque existan motivos de conciencia, no podrían conducirnos al resultado ¬D2, por ejemplo, al darse en D1. Sin embargo, el TC decide que sí proceden esos motivos y da lugar a la situación 3.: ¬D1 y, por tanto, ¬D2.

En definitiva, según la lógica que subyace a la relación entre D1 y D2, el TC tomó una decisión contradictoria, haciendo posible lo que era imposible. O es verdadero ¬D2, o es verdadero D2, porque una implica la falsedad de la otra.

En la decisión del TC termina por confundirse el ejercicio de un derecho personalísimo con el ejercicio colectivo del mismo. Cuando afirmamos que la titularidad del derecho a la objeción de conciencia pertenece exclusivamente al objetor, no descartamos

que un derecho personalísimo pueda llegar a ejercerse colectivamente. Ahora bien, en el caso de la STC 145/2015, la decisión que toma el TC es una solución válida únicamente para el objetor. Tanto el otro cotitular como el resto del personal de farmacia también tienen el mismo derecho constitucional. De no ser así, el TC debería haber justificado que la ideología de un solo individuo configuraba la ética o el ideario adoptado por el establecimiento.

Es por ello que ¬D1 es una solución para el objetor. Constituye la exención de su deber personalísimo, pero su efecto repercute sobre el resto del personal del establecimiento, que no puede cumplir con sus obligaciones legales: ni disponer de las existencias que exige la Junta de Andalucía ni dispensar el producto farmacéutico solicitado por los clientes. La exención del cumplimiento del deber de un farmacéutico, propiamente su derecho a la objeción de conciencia, aquí se ha visto convertida en la imposición de una concepción ideológica particular sobre el resto de ciudadanos, quienes no tienen la posibilidad de cumplir con el ordenamiento jurídico o hacer valer una concepción contraria a la del objetor.

Y con ello nos encontramos ante un escenario novedoso para nuestro ordenamiento jurídico: un grupo de personas legitimadas por el TC para no cumplir con el ordenamiento jurídico, aunque ellas mismas quisieran. Es la consecuencia de declarar haber lugar a la objeción respecto a un deber de titularidad compartida.

Para no haber dado lugar a este desorden legal podría haberse prestado atención a otra exención igualmente derivada del presupuesto de la disposición que penaliza la norma andaluza. Nos referimos a la exención de la sanción resultante de aplicar la norma, cuya imposición recaía únicamente sobre el objetor, en lugar de dejar sin efecto la propia norma para un selecto grupo de farmacéuticos.

De haber sido así, el farmacéutico objetor habría hecho valer igualmente sus motivos de conciencia, al haberse eximido de la sanción y el resto del personal de farmacia hubiera podido cumplir con las obligaciones impuestas por el ordenamiento jurídico. Claro que, de este modo, hubiera sido necesario haber considerado los precedentes para posteriormente eximir al farmacéutico de la sanción.

## 3. El recurso a la argumentación por analogía

En el caso que nos ocupa, el TC entendió que procedía objeción al deber de disposición, pero recurrió a un argumento analógico. Al respecto, podemos observar que, al hacer valer este tipo de argumento, el caso no debería tener atribuida alguna solución normativa. Sin embargo, en efecto la tiene por la norma andaluza y por el artículo 16.1 CE, las normas que designan las conductas incompatibles, y por tanto la exención al deber debería justificarse, en cualquier caso, sobre el derecho a la objeción de conciencia y no sobre un caso análogo. Si existe el derecho y procede el amparo, la sentencia debe justificarse conforme al objeto de este derecho. En principio no hay razón para

atribuirle la solución normativa de otro supuesto, lo que nos situaría frente a una laguna normativa y nos llevaría a concluir que no habría norma para otorgar amparo.

Pese a no darse este tipo de laguna, en el voto concurrente de la sentencia vemos suficientes indicios como para identificar una laguna axiológica; puede entenderse que tanto el artículo 16.1 CE como las garantías de la libertad ideológica obligaban al legislador andaluz a contemplar una excepción que no se llevó a cabo. Sin embargo, creemos que también existen razones para rechazar esta justificación. Ante una laguna axiológica[12], debe sostenerse una tesis de relevancia de acuerdo con una propiedad del caso. Respecto a los medicamentos anticonceptivos creemos que no procedería. El TC debería justificar por qué la sociedad en su conjunto considera moralmente incorrecto usar este tipo de fármaco, debiendo demostrar la relevancia de sus efectos abortivos, lo que configuraría un hecho distinto a decidir si en un caso particular las garantías de las convicciones de un individuo pueden prevalecer sobre una norma imperativa. De ser así, el contexto argumentativo al que remite una laguna axiológica exigiría probar la existencia real del efecto abortivo y la postura de la sociedad. En primer lugar, habría que acudir a argumentos técnicos para demostrar que el conjunto de células previo a un blastocito, que se desarrolla a partir del quinto o sexto día de fecundarse el óvulo, constituye el objeto de un aborto. Y, en segundo lugar, que la sociedad lo considera incorrecto; se asumiría que la postura de la sociedad puede resumirse en una posición que descalifica este fármaco. Pero ello sería incoherente con otras prácticas como la investigación genética a través de la donación de gametos o las técnicas de reproducción asistida, dado que los óvulos implantados están ya fecundados, mientras que en el caso del fármaco anticonceptivo ni siquiera terminan desechándose óvulos necesariamente fecundados. En definitiva, rechazaríamos este argumento porque si las técnicas y el tratamiento de estructuras celulares en estadios posteriores, más desarrollados, son moralmente aceptables, no sería procedente justificarlas como moralmente incorrectas para el caso de estadios menos desarrollados como el de los medicamentos anticonceptivos.

El TC consideró que un caso resuelto en 1985 presentaba similitudes al que debía resolver entonces y decidió emplear un argumento analógico[13]. En este caso, la semejanza relevante del caso para establecer la analogía fue el presupuesto antiabortista. Si en 1985 se decidió que cabía la objeción de conciencia por motivos antiabortistas, en el caso del farmacéutico cabía atribuirle la misma solución normativa. Claro es que esta interpretación extensiva no está exenta de reparos.

En primer lugar, y como acabamos de advertir, por la contradicción entre aceptar el amparo, despejando las dudas acerca de la necesidad de que intervenga el legislador porque la objeción de conciencia es parte del contenido esencial del derecho fundamental a la libertad ideológica, y después recurrir a un argumento analógico empleado para casos no regulados. O el derecho está garantizado por la CE o no lo está. Por más

12. En lo relativo a las lagunas axiológicas hemos seguido a Alchourrón y Bulygin, 1971.
13. En lo referente al argumento analógico hemos seguido la obra de Atienza, 1986.

vueltas que le demos, lo primero nos lleva a motivar por qué prevalece el derecho del farmacéutico y lo segundo a admitir que no existe el derecho a objetar de ese farmacéutico, lo que previamente hubiera impedido aceptar el ruego de amparo.

En los votos particulares de la STC 145/2015 se puso de manifiesto que el TC creó una nueva norma al decidir que había lugar para la objeción de conciencia. Tal vez esta crítica no sea del todo acertada si asumimos que este derecho es parte del contenido esencial del derecho fundamental a la libertad ideológica. De ser así, el TC estaría aplicando un derecho a un caso que no se había planteado anteriormente; el TC estaría sentando un precedente, no así creando una nueva norma.

Ahora bien, sí que supone una nueva norma en tanto con el argumento analógico se aplica una solución normativa a un supuesto similar no previsto en el ordenamiento jurídico. Como hemos advertido, el derecho efectivamente está previsto en nuestro ordenamiento a través de la libertad ideológica, pero el TC no explicó qué fundamenta el ejercicio de este derecho, sino que, con esta argumentación, lo vinculó a un único supuesto, el antiabortista.

Y, en segundo lugar, en cuanto al propio argumento analógico, si una solución normativa estaba prevista expresamente para los médicos, caben dudas sobre la identidad de razón que extiende este derecho al farmacéutico cuando ya existía un precedente sobre ese colectivo y a través del cual llegaríamos a la decisión contraria.

En conclusión, si pretendemos realizar la fundamentación del derecho genérico a la objeción de conciencia a partir de la última decisión del TC nos hallamos ante una situación confusa. Ni es acorde a las decisiones de otras democracias constitucionales ni se justifica en la libertad que lo habilita[14].

## III. EL NO USO DEL DERECHO EXTRANJERO E INTERNACIONAL

La hipótesis que estamos tratando de defender en este trabajo es que al hacer uso del derecho extranjero e internacional se hubiera contribuido a no crear el estado actual de confusión acerca del derecho a la objeción de conciencia. De haber considerado los precedentes, el TC hubiera ofrecido mayor consistencia a su decisión, aunque finalmente hubiese decidido en un sentido contrario a los mismos.

Entre los precedentes encontramos derecho extranjero, las decisiones de los tribunales franceses (en las alegaciones del Ministerio Fiscal puede verse un buen resumen de estas), y derecho internacional, la STEDH acerca de los farmacéuticos franceses. Es preciso diferenciar entre la aplicación de uno y otro derecho, controvertido el primero

14. Con los interrogantes que ello acarrea. Por ejemplo, aunque estemos ante el contenido esencial de un derecho fundamental, ¿solo cabe su ejercicio bajo un presupuesto antiabortista? De ser así, ¿ello no delimita excesivamente el ámbito de validez material de un derecho fundamental (pues este no podría protegerse en cualquier relación jurídica de nuestro ordenamiento)? Y si el problema es la generalidad de situaciones en las que podría ejercerse este derecho, ¿es que el presupuesto antiabortista no puede justificarse sobre el respeto del derecho a la vida y no así del de la objeción de conciencia?

y obligatorio el segundo, para después buscar un encaje teórico al no uso del derecho extranjero. Entendemos que un mismo modelo teórico de diálogo judicial debe permitirnos explicar las razones para usar y, al mismo tiempo, para no hacer uso el derecho extranjero.

## 1. Diferencia entre el derecho internacional y el derecho extranjero

En nuestro ordenamiento jurídico, la atención al derecho internacional tiene carácter obligatorio en virtud del artículo 10.2 CE, en la interpretación de los derechos fundamentales, los tratados internacionales sobre la materia ratificados por España son vinculantes: se establece el denominado canon interpretativo o hermenéutico para la interpretación de los derechos fundamentales[15]. De existir alguna norma internacional, ratificada y relativa a la objeción genérica de conciencia, nuestra constitución debe interpretarse en concordancia.

En el caso de este derecho, la obligatoriedad viene dada de forma indirecta. Ni la CE ni el CEDH contemplan expresamente la objeción de conciencia[16], sino que este derecho ha sido reconocido en ambas jurisdicciones como una de las posibles manifestaciones de la libertad de pensamiento y de conciencia. Debemos preguntarnos por el alcance de esta obligación cuando las garantías de derechos equivalentes, proclamados en diferentes normas, están desarrolladas asimétricamente en una y en otra jurisdicción.

Tal es el caso que se plantea en la STC 145/2015 con el paso de la disposición a la dispensación. El TC resolvió una nueva situación al no haber pronunciamientos previos en el derecho internacional. De no haber considerado otro presupuesto, la decisión del TEDH hubiera tenido fuerza vinculante.

A diferencia del uso del derecho internacional, el extranjero, como el francés, no tiene el mismo carácter. El uso del derecho extranjero ha sido denominado «uso no autoritativo» al no existir ningún tipo de obligación o autoridad para aparecer en la decisión de un tribunal constitucional[17].

En el caso que da lugar a la STC 145/2015, los tribunales ordinarios asentaron su decisión mediante el derecho internacional y el derecho extranjero, en este último caso las decisiones de los tribunales franceses que dan origen a la STEDH. Se advierte de este modo un uso autoritativo (STEDH) y un uso no autoritativo (decisiones de los tribunales franceses) relativo al derecho a la objeción de conciencia. A partir de este hecho, podemos realizar algunas observaciones: que el TC no invalidó ninguno de los dos usos (autoritativo y no autoritativo); y que ambos usos contribuyeron a formar la base de la argumentación de los tribunales ordinarios.

15. Aparicio Pérez, 1989: 9-18 y Roldán Barbero, 2012: 179-234.
16. No así la CDFUE, que lo incorpora en su contenido, y en virtud del mismo artículo 10.2 CE es una norma sobre la materia y, por tanto, de obligada observancia en la interpretación de este derecho, aunque este asunto ahora excede del objeto del trabajo.
17. Para un resumen de esta postura, *cfr*. Filippini, 2007: 191-202.

En primer lugar, al no existir una invalidación expresa del TC del uso no-autoritativo del derecho extranjero, podemos afirmar que estamos ante una de las posibles herramientas que los tribunales pueden emplear en la argumentación.

Y, en segundo lugar, tanto el uso autoritativo como el no autoritativo contribuyen a fundamentar la decisión del tribunal. Prueba no ser un uso inválido, sino una de las posibles herramientas argumentativas; su función no puede ser otra que la de adoptar decisiones más perspicuas, tal y como ha defendido recientemente la doctrina.

## 2. El valor atribuido al derecho extranjero por el TC

En cualquier modelo teórico de diálogo judicial, observamos el papel del derecho extranjero en la decisión judicial como una razón más para adoptar la decisión. Contribuye a formar la base de la justificación de la misma. Y con ello no podemos afirmar que el uso de derecho extranjero implique, o presuponga, aplicar una norma extranjera en la resolución de un caso.

Al prestar atención a cómo los tribunales ordinarios del caso emplean el derecho extranjero en sus decisiones, en ningún momento este derecho pasa a configurar la premisa mayor del silogismo que siguen los tribunales para llegar a una conclusión en su juicio considerado. De aparecer en esa premisa mayor del silogismo, se estaría aplicando una norma distinta a la propia constitución y quedaría en entredicho el autogobierno del TC.

El derecho extranjero no condiciona directamente la aplicación de la norma, sino que aporta razones para determinar la *ratio decidendi* del caso, esto es, contribuye a formar la base de la decisión del tribunal acerca de la materia de la constitución que está sometiendo a su conocimiento. De este modo, el derecho extranjero aparece dentro del conjunto de «consideraciones necesarias» que lleva a cabo el tribunal para poder «justificar» su decisión[18]. Este derecho aporta más razones a la argumentación y la interpretación de la propia constitución, al emplear justificaciones utilizadas en preceptos similares, o equivalentes, por parte de un tribunal extranjero. Es el propio tribunal quien considera necesario contemplar este derecho en la justificación de su decisión. De ahí no podemos afirmar el carácter vinculante del derecho extranjero: la relevancia la otorga el propio tribunal al aparecer en la *ratio decidendi*.

Aunque el TC hizo referencia al derecho extranjero e internacional en la STC 145/2015, su alusión aconteció en la reconstrucción de los hechos, en el reflejo de las decisiones de los tribunales ordinarios y en las alegaciones de la fiscalía. La referencia circunstancial no constituyó una razón que fundamenta la decisión del tribunal. El TC se apartó de los precedentes, configuró su decisión a partir de otro presupuesto

18. Esta es la noción de *ratio decidendi* que aparece, entre otras, en las obras de Chiassoni, 2012: 222-225, Igartua, 2006, Iturralde, 2014: 195, y Núñez Vaquero, 2016: 131.

y, de este modo, se desvinculó del derecho extranjero o internacional. En este caso, el derecho extranjero debemos considerarlo *obiter dictum*.

Debemos asumir que una referencia circunstancial no nos permite considerar la aparición del derecho extranjero en la sentencia como una muestra de diálogo judicial. Por el contrario, hablaremos de diálogo judicial cuando la *ratio decidendi* del tribunal se configure a partir de elementos de derecho extranjero.

En síntesis, en el diálogo judicial, el uso del derecho extranjero se da en la *ratio decidendi*. Cuando este derecho aparece citado circunstancialmente en la decisión del tribunal, no supone ninguna razón para decidir en un determinado sentido. En esos casos no se emplea *stricto sensu* este derecho.

La distinción entre *ratio decidendi* y *obiter dictum* nos será de utilidad durante los próximos epígrafes, con el fin de evaluar los distintos modelos teóricos de diálogo judicial.

## 3. Incompatibilidad del modelo de la resistencia

De acuerdo con el modelo teórico de la resistencia, el uso del derecho extranjero plantea un problema de soberanía judicial, o de autogobierno, al que aspiran las democracias constitucionales. Según sus defensores, se introduce una complejidad innecesaria en la justificación de las decisiones judiciales y se dificulta el desarrollo de una cultura constitucional diferenciada[19].

Este modelo teórico nos parece incompatible tanto con el uso como con el no uso del derecho extranjero. Al menos, por dos motivos: 1) porque la potestad de aplicar las propias normas es una condición necesaria del autogobierno; y 2) porque al aparecer en la *ratio decidendi*, el uso del derecho extranjero no equivale a aplicar una norma extraña al propio ordenamiento jurídico.

En modelos de Estado con constituciones rígidas y con control judicial de constitucionalidad de las leyes necesariamente asumimos que la potestad para aplicar la propia constitución constituye una condición del autogobierno. En otras palabras, el tribunal constitucional de un Estado es el encargado del control de constitucionalidad de las leyes porque es el encargado de aplicar su constitución. Carecería de sentido que fuese un tribunal completamente ajeno al Estado el que tuviera esta potestad. De ser así, un tribunal ostentaría el poder de ser el máximo intérprete de la constitución y otro tribunal tendría la potestad de controlar la constitucionalidad de las leyes y, por tanto, también podría controlar la actividad del intérprete máximo de la constitución, que por su parte podría volver a interpretar la constitución en un sentido distinto al previamente establecido, generando así un círculo interminable.

Al ser los mismos tribunales constitucionales los máximos intérpretes de sus constituciones, a su vez son quienes controlan la constitucionalidad de las leyes. Con ello

19. Rosenkrantz, 2003: 277.

observamos que este modelo teórico resulta inconsistente por las siguientes razones: a) únicamente el tribunal nacional tiene la potestad de aplicar la constitución de ese Estado; b) lo que este tribunal aplica es su propia constitución y no cualquier otra norma; c) un tribunal extranjero no aplica la constitución del Estado; d) el tribunal extranjero aplica una norma que no le permite realizar el control de constitucionalidad de ese Estado.

Como vimos, el fenómeno del diálogo judicial no implica que se cree un vínculo preceptivo con la jurisprudencia de un tribunal extranjero. Una explicación más extensa del anterior punto «b)» y la distinción entre los dos tipos de aplicación del derecho que encontramos en Dworkin pueden sernos de ayuda para terminar de esclarecer las razones de esta inconsistencia.

A través del diálogo judicial, el tribunal de un Estado incorpora el derecho extranjero en el plano justificativo de la norma, no en el de adecuación[20]. El tribunal se ayuda del derecho extranjero para tomar una decisión que no puede ser concluyente desde el ámbito de la adecuación sino de la fundamentación. Y se ayuda para formar la base de su razonamiento. Entonces se patentiza que no es una cuestión de autogobierno: el tribunal emplea el derecho extranjero para decidir en un sentido determinado, sin que se aleje de un mismo marco común de principios y valores, y sin aplicar una norma distinta a su propia constitución.

Además, constituye una óptima justificación externa de la decisión, en tanto que permite controlar la adecuación y la solidez de las premisas constitucionales sobre las que decide el tribunal[21]. Este uso del derecho extranjero no nos plantea ningún problema de autogobierno, sino que, al contrario, contribuye a consolidar la interpretación sobre la propia constitución.

## 4. Imposibilidad de justificar el modelo de la convergencia

Según el modelo teórico de la convergencia, las prácticas judiciales están destinadas a converger mediante el derecho internacional y el de otras jurisdicciones. De forma gráfica, este modelo ha sido descrito como una suerte de «tribunal de Babel», en el que el lenguaje jurídico común sería el eje de la convergencia[22]. De ser cierta esta teoría, deberíamos poder sostenerla, en algún grado, a través de las decisiones que incorporan derecho extranjero.

La sentencia sobre la objeción de conciencia nos presenta algunos puntos de interés para sostener este modelo, entre los cuales destacamos: 1) tanto el TC como el TEDH se pronunciaron sobre la posibilidad de garantizar el derecho genérico a la objeción de conciencia; y 2) la fundamentación de estos tribunales coincide en que es

20. Dworkin, 1984: cap. IV.
21. Y que se justifica en los «elementos constitucionales esenciales», como tratamos de mostrar en el epígrafe 4.iii.
22. Cassese, 2009: 12 y ss.

parte del contenido esencial del derecho a la libertad de pensamiento, equivalente a nuestro derecho fundamental a la libertad ideológica, tratándose de una de sus posibles manifestaciones.

Ciertamente, ambos tribunales han tenido que hacer frente a la misma realidad: existen diferencias entre el mínimo ético que caracteriza un comportamiento exigido por ley, y que por tanto está respaldado por la mayoría, y el mínimo ético que un ciudadano en minoría defiende que el Derecho debería respaldar a través de esa obligación. La cuestión reside en decidir si prevalece el derecho de esa minoría en un caso concreto.

A través de la clásica ponderación judicial se desarrollan las garantías del derecho a la objeción de conciencia. Y aquí podemos encontrarnos ante garantías que estén desarrolladas con mayor amplitud en la jurisprudencia nacional en comparación al foro internacional. De ser cierto el modelo teórico de la convergencia, la práctica judicial del TC debería tender a homogeneizarse con la del resto de tribunales extranjeros e internacionales. En un primer momento, las garantías más desarrolladas en su propia jurisdicción no supondrían un problema para este modelo en cuanto estarían previstas para situaciones aún no resueltas por otros tribunales.

Hasta aquí podríamos justificar este modelo teórico. Incidamos ahora nuevamente sobre el no uso del derecho extranjero llevado a cabo por el TC.

El TEDH y los tribunales franceses habían considerado anteriormente que dos farmacéuticos franceses, ambos titulares de un establecimiento farmacéutico, no pueden ejercer el derecho a la objeción de conciencia para eximirse de la obligación de dispensar medicamentos antiabortivos. Si consideramos que tanto la sanción administrativa como las condenas de los tribunales ordinarios al farmacéutico hispalense procedían de una inspección originada con la fallida dispensación de un producto farmacéutico, los casos atendidos por el TC y el TEDH tendrían idéntico origen.

Deberíamos poder inferir la convergencia, si además consideramos que el TC no cuestionó el uso de los precedentes por parte de los tribunales ordinarios, sino que se centró en justificar el presupuesto de la disposición. De la decisión del TC no podemos extraer que el uso del derecho extranjero e internacional no pueda producirse al omitir pronunciarse al respecto. Es una cuestión asumida por el propio TC: si existen precedentes, esto es, decisiones en casos similares como los resueltos por los tribunales franceses y el TEDH, es algo habitual que los tribunales los traigan a colación en sus decisiones.

Ahora bien, pese a todo lo anterior, el TC pudo apartarse de los precedentes y tomar una decisión contraria: atendió otros aspectos del caso que consideró relevantes y pudo atribuir una solución normativa distinta. En definitiva, el uso del derecho extranjero cristalizó en una opción válida para los tribunales en el momento de resolver el caso. Esto es, como un instrumento del que disponen en su argumentación y sobre el que nos resulta imposible verificar las premisas de la convergencia a raíz de la decisión contraria a los precedentes.

Con la STC 145/2015 no podemos sostener este modelo. Las decisiones del TC y del TEDH presentan soluciones normativas distintas para lo que se presenta como un mismo supuesto. Y es que en Francia se dispensarán determinados medicamentos,

aunque lidien motivos de conciencia, mientras que en España no, porque esos mismos motivos tienen validez en un instante previo a ese supuesto.

En alguna medida, dicha convergencia debería haber repercutido en la decisión del TC. Al apartarse del precedente vinculante del TEDH, el TC evidenció que la tradición jurídica de cada Estado tiene demasiado peso en la práctica judicial como para no ser considerada más seriamente en el modelo teórico de la convergencia. De ser un modelo correcto, el TC hubiera encontrado motivos insuperables, o mayor resistencia, que le hubieran impedido la omisión de pronunciarse al respecto de los mismos.

## 5. La fundamentación que hace válido el modelo de la imbricación

Descartados los modelos teóricos de la resistencia y de la convergencia para dar explicación del no uso del derecho extranjero, nos centraremos en la explicación del modelo teórico de la imbricación que nos permite dar respuesta al no uso de este derecho según lo acontecido en la STC 145/2015. Para ello, debemos prestar atención a la propuesta del equilibrio reflexivo amplio, diferenciando entre el equilibrio reflexivo amplio y el estrecho, analizando la diferencia entre las garantías del derecho a la objeción de conciencia en el marco teórico-moral propio del Estado y en el que se adhiere el mismo, y exponiendo la relación entre la razón pública y la *ratio decidendi*.

### *i. Distintos equilibrios reflexivos*

Además de la distinción entre *obiter dictum* y *ratio decidendi*, podemos realizar otra distinción en el uso del derecho extranjero por parte de los tribunales, según si contribuye a realizar una justificación de mayor o menor exigencia. La decisión judicial también se justifica prestando atención al marco teórico y moral global al que se adscribe el Estado. En ese marco, la justificación será más exigente.

John Rawls (1999: 40 y ss.) denominó equilibrio reflexivo amplio a buscar la justificación de una decisión en un contexto teórico más exigente que el propio. Por el contrario, cuando la decisión de un tribunal se justifica en el propio marco teórico moral del Estado es cuando dicha actividad recibe la denominación de equilibrio reflexivo estrecho.

En la STC 145/2015, el caso pasó de buscar una solución mediante el equilibrio reflexivo amplio a decidirse a través del equilibrio reflexivo estrecho. Cuando los tribunales ordinarios construyeron la base de su decisión considerando las decisiones del TEDH y los tribunales franceses, el equilibrio reflexivo fue amplio. Se recurrió a un contexto justificativo más exigente que el propio para asentar la decisión. Finalmente, el TC decidió el caso a través de un presupuesto sobre el cual no había ningún precedente en el derecho extranjero. Consideró que sí existía un precedente interno, de 1985, sobre la posibilidad de que un médico ejerciera el derecho a la objeción de conciencia por motivos antiabortistas. Buscó así la justificación en su propio marco teórico-moral.

*ii. Diferentes garantías en diferentes marcos teórico-morales*

Con la decisión del TC se generó confusión acerca del alcance de este derecho al extender el presupuesto antiabortista de objeción de los médicos a los farmacéuticos. Se justificó la decisión en el propio marco teórico y moral; el TC hizo valer un argumento analógico para crear una solución normativa contraria a los precedentes.

Si con esa decisión el TC pretendía garantizar un posicionamiento ideológico concreto, en este caso el antiabortista, no hubiera sido necesario ni evitar pronunciarse sobre el derecho extranjero ni extender por analogía un precedente de hacía treinta años. Y ello es así porque la STEDH, de carácter vinculante, aplica un derecho sobre el que pocas veces ha tenido la oportunidad de pronunciarse: el derecho genérico a la objeción de conciencia en conflictos éticos del ámbito de las ciencias biomédicas. La STEDH sobre los farmacéuticos franceses fue la primera de ese tribunal en un ámbito distinto al castrense.

Contrariamente, en el caso español contamos con una jurisprudencia reiterada acerca de la existencia del derecho genérico a la objeción de conciencia[23]. Ciertamente, las garantías de este derecho están desarrolladas más ampliamente en nuestra jurisprudencia que en la europea o la extranjera.

Por esta razón, en sede del equilibrio reflexivo amplio, el TC podría haber acudido a una solución contraria a la del TEDH y de los tribunales franceses sin apartarse de sus decisiones y sin realizar una argumentación tan conflictiva. El equilibrio reflexivo torna una justificación más perspicua (MORESO, 2018), incluso aquellas que deciden *a contrario sensu* del precedente invocado por razones como un mayor número de garantías a nivel interno.

De haber considerado el mismo presupuesto que daba pie al pronunciamiento del resto de tribunales (nacionales, extranjeros e internacionales), el TC hubiera tenido que justificar el cambio de criterio explicando por qué las garantías de ese derecho tienen mayor rango de validez material en su jurisdicción y, en definitiva, concediendo de este modo mayor claridad a su decisión.

Pese a su decisión, el uso del derecho extranjero por parte de los tribunales inferiores no dejó de ser un recurso argumentativo válido. No se cuestionó el modelo teórico de la imbricación, antes encontramos un reconocimiento implícito del mismo, puesto que, en términos justificativos, el equilibrio reflexivo amplio buscado por los tribunales ordinarios no es lo que invalidó la sentencia del TC, sino la solución normativa. Aunque el TC pasó del equilibrio reflexivo amplio al estrecho, no desvirtuó el modelo teórico de la imbricación, y por ello consideramos que el mismo sale reforzado.

Si ciertamente las prácticas de los tribunales estuvieran destinadas a converger, el TC se hubiera visto vinculado en algún grado por la decisión del TEDH. Hubiera empleado un argumento el cual podríamos considerar «*a fortiori*»[24], pues con mayor

23. *Vid*. N.P. 2.
24. Moreso, 2016: 150-151.

razón si en un precedente se atribuye tal solución al caso de los farmacéuticos franceses, deberá atribuírsele al caso de los españoles. El TC no hubiera atribuido una solución normativa distinta a lo que fin de cuentas es el mismo supuesto, esto es, que no se dispensen medicamentos por motivos de conciencia.

En resumen, aunque el TC no se mostró contrario a la justificación de los tribunales ordinarios, tampoco buscó el equilibrio reflexivo en las garantías más desarrolladas de su propio marco teórico-moral, el cual podría haber justificado que era más exigente (por más desarrollado). Ciertamente, al evitar pronunciarse sobre la decisión de aquellos tribunales, el TC evitó al mismo tiempo invalidar el recurso al derecho extranjero y europeo.

Y aunque el TC hubiera decidido en este mismo sentido escudándose en unas garantías más desarrolladas en su jurisdicción, tampoco hubiera invalidado el modelo teórico de la imbricación y las premisas del equilibrio reflexivo amplio, pues el respeto a la tradición jurídica de un Estado tiene cabida dentro de este modelo teórico.

### *iii. Razón pública y ratio decidendi*

La explicación teórica del equilibrio reflexivo amplio se ayuda del concepto de razón pública con el fin de filtrar las opiniones que alcanzan el foro público. El concepto de razón pública rawlsiano nos permite encajar la teoría del equilibrio reflexivo amplio en lo expuesto sobre la *ratio decidendi*, esto es, en el modo en que aparece el derecho extranjero en las decisiones judiciales.

Para Núñez Vaquero, el carácter vinculante de las razones que se invocan para justificar una decisión, y que por tanto aparecen en la *ratio decidendi* de un tribunal, tiene el problema de no poder filtrar las razones más relevantes, dado que, en principio, todas las disponibles deberían serlo. El autor lo explica de la siguiente manera:

> «¿Cuáles son el conjunto de todas las consideraciones que debemos considerar como «necesarias»? ¿todas aquellas cuya modificación implicarían un cambio de la decisión final? Establecer cuáles son las consideraciones necesarias de la decisión genera no pocos problemas.
>
> En primer lugar, desde el punto de vista empírico, no resulta muy plausible afirmar que son todas y cada una de las razones que forman parte de la justificación externa de la sentencia las que resultan vinculantes»[25].

De aquí observamos que esta cuestión consta de dos partes: 1) que el derecho extranjero constituya una razón necesaria para decidir el caso; y 2) que configure la justificación externa de la sentencia.

La posibilidad de afirmar que el derecho extranjero configura todas las razones necesarias para contribuir de manera decisiva en la decisión final del tribunal no es menos que una quimera, al menos si otorgamos valor absoluto a todos los argumentos

25. Núñez Vaquero, 2016: 132.

que pueden ser determinantes en la decisión. Es aquí cuando debemos recurrir a la noción de razón pública rawlsiana empleada por Moreso (2018: 84-88) para explicar el equilibrio reflexivo amplio en el diálogo judicial, que nos ofrece una respuesta a ambas cuestiones.

No todos los argumentos pueden ser válidos, solo aquellos que bajo el criterio de la reciprocidad pueden introducirse en el foro público y cuando aludan expresamente a «elementos constitucionales esenciales». El uso del derecho extranjero no puede excluirse si necesariamente contribuye a que el tribunal justifique su decisión sobre esos elementos. Como el concepto de diálogo judicial aparece en el contexto interpretativo de la constitución de un Estado, el uso del derecho extranjero supone un mecanismo legítimo dentro de los parámetros establecidos por la razón pública.

Al mismo tiempo, la noción de razón pública nos ofrece razones para responder a la segunda parte del problema. Para que un argumento proceda justificado externamente, debemos prestar atención a la solidez de las premisas normativa y fáctica. Hemos descartado que el derecho extranjero constituya la adecuación de la premisa normativa, al ser la propia constitución la norma aplicable al caso que trata de resolver el tribunal. En consecuencia, debemos ofrecer razones que despejen las dudas en torno a la premisa fáctica.

Aquí nos surge un problema de calificación[26] porque no podemos estar seguros de que el derecho extranjero al que acude el tribunal pueda ser calificado según la propia constitución. Siguiendo a Alchourrón y Bulygin (1971: 31-34), estaríamos frente a un problema de subsunción: el caso particular invocado por el tribunal no sabemos si pertenece, como instancia particular, al caso genérico que se contempla en la constitución. Hay muchos hechos del caso extranjero que el tribunal no puede conocer y su desconocimiento empírico sería la causa de la dificultad en la calificación o el encaje constitucional del caso invocado. De ser así, estaríamos ante una «laguna de conocimiento»[27]. ¿El derecho extranjero constituye una instancia particular del caso genérico que prevé la constitución? Creemos que existen razones sólidas para sostener una respuesta afirmativa.

La primera sería que tanto el Estado nacional como el extranjero son modelos de democracia constitucional, con control judicial de constitucionalidad de las normas y, por consiguiente, adheridos a un marco teórico común de principio y valores. Y, la segunda, que el diálogo judicial como expresión de la razón pública tiene carácter restrictivo: su utilidad se evidencia en aquellos Estados configurados como una democracia constitucional y en cuestiones relativas a «elementos constitucionales básicos», o lo que es lo mismo, a instancias particulares de casos genéricos que de algún modo aluden las constituciones de toda democracia constitucional.

26. No así algún problema de veracidad de la proposición de la premisa, dado que el derecho extranjero que considera un tribunal suele citarse expresamente en su argumento. No es habitual que un tribunal haga referencia a la argumentación de una sentencia, nacional o extranjera, sin identificarla de algún modo. Por tanto, al citar la sentencia extranjera se despeja cualquier cuestión relativa a a veracidad de la proposición.
27. Alchourrón y Bulygin, 1971 y Moreso y Vilajosana, 2004: 110-111.

Según esta explicación, el uso del derecho extranjero en la *ratio decidenci* contribuiría necesariamente a la justificación de una decisión y constituiría además una justificación externa adecuada de la premisa fáctica. El tribunal constitucional que hace uso del derecho extranjero no está aplicando otra norma, sino que recurre a ella para justificar la aplicación de la propia constitución.

A nuestro juicio, todo ello termina por consolidar las premisas sobre las que se ha considerado el equilibrio reflexivo amplio como la correcta fundamentación del modelo teórico de la imbricación. En efecto, aunque no sean vinculante para el TC, las fuentes y la experiencia del derecho extranjero constituyen elementos justificativos para tomar decisiones más perspicuas.

## IV. CONCLUSIONES

A través de la STC 145/2015 hemos sido testigos de que el alcance general del derecho genérico a la objeción de conciencia queda, en primer lugar, aparentemente reducido a un solo presupuesto, el antiabortista, y, en segundo lugar, ampliado por un ejercicio colectivo del mismo que más bien se corresponde con la imposición de ese mismo posicionamiento ideológico.

Por otro lado, acudir al derecho extranjero e internacional hubiera ayudado a consolidar la argumentación del TC asentando las buenas razones para decidir que se desprenden del derecho español al respecto del derecho genérico a la objeción de conciencia. Tanto por las razones del TC para no hacer uso del derecho extranjero como por el modo en que se produce el mismo, llegamos a la conclusión de que el único de los tres modelos teóricos de diálogo judicial que resulta compatible es el de la imbricación. Y resulta así porque el uso y el no uso del derecho extranjero se justifican adecuadamente en buscar el equilibrio reflexivo de la decisión.

A través del equilibrio reflexivo amplio, el derecho extranjero aparece como razones que configuran la base de la decisión del tribunal, por lo que incardinamos su aparición en las decisiones judiciales dentro de la *ratio decidendi*. De ahí no podemos deducir que este uso se corresponda con aplicar una norma diferente a la propia constitución o con que otro tribunal sea quien decida el caso. Con el diálogo judicial, en definitiva, no se compromete el autogobierno de los propios tribunales de un Estado. Los tribunales pueden hacer o no hacer uso del derecho extranjero, lo que tampoco comulga con la tesis que vaticina una práctica unitaria de los tribunales, por la que terminaría ignorándose la tradición jurídica propia de cada Estado.

Aun en casos de no uso del derecho extranjero, el modelo teórico de la imbricación se erige como la explicación teórica apropiada para el fenómeno al que nos referimos por diálogo judicial. Para ello debemos advertir que las explicaciones del equilibrio reflexivo amplio junto a la noción de razón pública constituyen genuinamente su correcta fundamentación.

## V. BIBLIOGRAFÍA

Alchourrón, C. E. y Bulygin, E., 1971: *Normative Systems*, Library of Exact Philosophy, Nueva York.

Atienza, M., 1986: *Sobre la analogía en el derecho*, Civitas, Madrid.

Aparicio Pérez, M.A., 1989: «La cláusula interpretativa del artículo 10.2 de la Constitución Española, como cláusula de integración y apertura constitucional a los derechos fundamentales», *Jueces para la democracia*, núm. 6.

Aparicio Tovar, J., 1980: «Relación de Trabajo y libertad de pensamiento en las empresas ideológicas», en *Lecciones de Derecho del Trabajo en homenaje a los Profesores Bayón Chacón*, Universidad Complutense, Madrid.

Cassese, S., 2009: *I tribunali di Babele. I giudici alla ricerca di un nuovo ordine globale*, Donzelli, Roma.

Chiassoni, P., 2004: «Il precedente giudiziale: tre esercizi di disincanto», *Analisi e diritto*, Marcial Pons.

Díez-Picazo, L.M., 2013: *Sistema de derechos fundamentales*, Civitas, Pamplona.

Dworkin, R., 1984: *Los derechos en serio*, Ariel, Barcelona.

Escobar Roca, G., 1993: *La objeción de conciencia en la constitución española*, Centro de estudios constitucionales, Madrid.

Filippini, L., 2007: «El derecho internacional de los derechos humanos no es un préstamo: reflexiones sobre la crítica a los préstamos de Carlos F. Rosenkrantz», *Revista Jurídica de la Universidad de Palermo*, Año 8, núm. 1, Buenos Aires.

García de Enterría, E., 1974: *La lucha contra las inmunidades del poder*, Civitas, Madrid.

Gascón Abellán, M., 1990: *Obediencia al derecho y objeción de conciencia*, CEPC, Madrid.

González Pérez, J., 2017: *La dignidad de la persona*, Civitas, Pamplona.

González Saquero, P., 2008: «¿Derecho a la objeción de conciencia del farmacéutico?», *Nueva Época*, núm. 8.

Igartua, J., 2006: La fuerza vinculante del precedente judicial», *Isegoría*, núm. 35.

Iturralde, V., 2004: «Precedente judicial», *Eunomía*, núm. 6.

Moreso, J.J., 2016: *Lógica, argumentación e interpretación del derecho*, UOC, Barcelona.

Moreso, J.J., 2018: «El diálogo judicial como equilibrio reflexivo amplio», *Anuario de Filosofía del Derecho*, tomo XXXIV.

Moreso, J.J. y Vilajosana, J.M., 2004: *Introducción a la teoría del derecho*, Marcial Pons, Barcelona.

Navarro, P.E., 1990: *La eficacia del derecho*; Centro de Estudios Políticos y Constitucionales, Madrid.

Navarro, P.E. y Moreso, J. J., 1996: «Aplicabilidad y eficacia de las normas jurídicas», *Isonomía*, núm. 5.

Navarro-Valls, R. y Matínez Torrón, J., 2011: *Conflictos entre conciencia y ley. Las objeciones de conciencia*, Iustel, Madrid.

Núñez Vaquero, Á., 2016: «Sin precedentes: una mirada escéptica a la regla del stare decisis», *DOXA*, núm. 39.

Prieto Sanchís, L., 2013: *El constitucionalismo de los derechos*; Trotta, Madrid.

Rawls, J., 1999: *A theory of justice*, Harvard University Press, 2.ª Edición.

Roldán Barbero, J., 2012: «Jurisprudencia española en materia de Derecho internacional púbico», *REDI*, Vol. 64, núm. 1.

Rosenkrantz, C.F., 2003: «Against borrowings and other nonauthoritative uses of foreign law»; International Journal of Constitutional Law, Oxford University Press and New York University School of Law.

Ruiz Miguel, A., 1986-1987: «Sobre la fundamentación de la objeción de conciencia», *Anuario de Derechos Humanos*, UCM, núm. 4.

Doxa. Cuadernos de Filosofía del Derecho, (2020), *43*
e-ISSN: 2386-4702 | ISSN: 0214-8676

# ¿Incentivos económicos a la cesión de órganos entre vivos?*

## Financial Incentives for Living Organ Transfer?

Giorgio Maniaci

**Autor:**
Giorgio Maniaci
Universidad de estudios de Palermo, Italia
giorgio.maniaci@unipa.it
https://orcid.org/0000-0002-1480-2077

**Recibido:** 10-2-2019
**Aceptado:** 4-6-2019

**Citar como:**
Maniaci, Giorgio, (2020). ¿Incentivos económicos a la cesión de órganos entre vivos? Doxa. Cuadernos de Filosofía del Derecho, *43*, pp. 341-368. https://doi.org/10.14198/DOXA2020.43.13

**Licencia:**
Este trabajo se publica bajo una Licencia Creative Commons Atribución 4.0 Internacional.

© Giorgio Maniaci

**Resumen**

En 2012, casi 4500 personas murieron en Estados Unidos mientras esperaban trasplantes de riñón. En el transcurso de 2013, 4100 pacientes murieron en la Unión Europea mientras se encontraban oficialmente en listas de espera. Para solucionar este problema, esencialmente hay dos soluciones éticamente aceptables; pero ambas tienen, en su estado actual, desventajas. La primera solución es la de los incentivos económicos a la cesión de órganos entre vivos. La segunda solución es adoptar un modelo que denominaré «altruista impuro», como el croata o el español.

**Palabras claves:** cesión de órganos entre vivos; autonomía individual; mercado libre de órganos.

**Abstract**

In 2012, almost 4,500 people died in the United States while waiting for kidney transplants. In 2013, 4,100 died in the European Union while officially placed on waiting lists. To solve this problem, there are essentially two ethically acceptable solutions; but both have, in their current state, disadvantages. The first solution would be having financial incentives for living organ transfer. The second one would be adopting a model, like the Spanish or Croatian ones, which we can denominate as the «imperfect altruistic» model.

**Keywords:** living organ transfer; autonomy; free market of organs.

* Traducción al castellano de Julieta Rábanos.

## 1. INTRODUCCIÓN

Siempre he sido contrario a la comercialización de partes del propio cuerpo, en particular de órganos como riñones o pulmones, a fin de evitar formas de explotación y de canibalización (como explicaré posteriormente) de la clase que menos tiene por parte de aquella que más tiene. Sin embargo, artículos recientes me han recordado que muchas personas mueren en espera de un trasplante. En un artículo de reciente aparición en el *Wall Street Journal*, del premio Nobel de Economía (del año 1992) Gary S. Becker, el autor recuerda como:

> En 2012, 95000 hombres, mujeres y niños estadounidenses estaban en la lista de espera para nuevos riñones, el órgano más comúnmente trasplantado. Sin embargo, solo alrededor de 16500 operaciones de trasplante de riñón fueron realizadas ese año. Tomando en cuenta el número de personas que mueren mientras están a la espera de un trasplante, esto implica una espera promedio de 4,5 años para un trasplante de riñón en los Estados Unidos (…) Muchos de aquellos que esperan riñones están sometidos a diálisis, y la expectativa de vida mientras se está sometido a diálisis no es grande. Por ejemplo, las personas de entre 45 y 49 años viven, en promedio, 8 años adicionales si continúan sometidas a diálisis, pero viven unos 23 años adicionales si consiguen un trasplante de riñón. Es por eso por lo que, en 2012, casi *4500 personas murieron* mientras esperaban trasplantes de riñón[1].

Y la situación en la Unión Europea, con casi 500.000.000 habitantes, como veremos no es mucho mejor.

En este sentido, me he puesto por primera vez en los zapatos de alguien que espera un trasplante de órganos, y que a menudo muere a la espera de un trasplante que no llegará jamás. Me he preguntado, pues, cuánto vale realmente la vida humana, cuánto estamos dispuestos a sacrificar para salvar vidas humanas. Creo, desafortunadamente, que no existen soluciones fáciles al problema; en particular, esencialmente hay dos soluciones, pero ambas tienen, en su estado actual, desventajas. La primera solución, identificada por algunos autores, es la de los incentivos económicos a la cesión entre vivos, hecha de manera tal que evite, al menos en parte, el problema de la explotación a los que menos tienen, y que al mismo tiempo incremente la oferta de órganos y elimine de hecho los tiempos de espera. La segunda solución es adoptar un modelo que denominaré «altruista impuro», como el croata o el español, que ha visto crecer enormemente el número de donantes fallecidos (en el año 2015, en Croacia, llegaron a ser 37 por millón de habitantes; en el año 2016, en España, a 43,4 por millón de habitantes, y a 46,9 por millón en el 2017[2]), si se piensa que, en el año 2015, Alemania tenía solo aproximadamente 10 donantes fallecidos por millón de habitantes; un modelo que prevea una legislación favorable, una organización hospitalaria favorable, e incentivos económicos a los hospitales que ofrezcan más órganos de donantes fallecidos.

1. Véase Becker & Elias 2014 (las cursivas son propias). NdT: La traducción del original inglés es propia.
2. https://www.20minutos.es/noticia/3232252/0/asturias-registro-49-5-donantes-organos-por-millon-personas-al-termino-2017/; http://www.ont.es/Documents/Datos20172018ENE11.pdf.

En particular, identificaré los principales defectos del así llamado modelo de «mercado puro» y de aquel así llamado «altruista puro» para luego, finalmente, delinear un tercer modelo, que parece prometedor, en el caso de que funcione en el futuro (como aquel croata o español), que llamaré «altruista impuro», y un cuarto modelo, aquel de los incentivos económicos a la cesión entre vivos, para evaluar su moralidad y factibilidad.

## 2. EL MODELO DEL MERCADO PURO Y SUS PELIGROS

Algunos autores, como el anteriormente mencionado Becker, proponen para incrementar el número de trasplantes de órganos, y reducir la lista de espera, la creación de un verdadero mercado de órganos, en el cual personas privadas puedan estipular contratos, *inter vivos*, según los cuales un cedente se obliga a dar un órgano (por ejemplo, un riñón), ya sea en vida o *post mortem*. *Post mortem* en el sentido de que el acuerdo podría referirse a una extracción de órganos del cadáver, dejando la ganancia a los herederos. Tales autores, en general libertarios, señalan cómo este sistema del mercado puro bajaría notablemente los costos del sistema sanitario, pues mientras que la diálisis cuesta en promedio 350000 dólares (calculando 80000 dólares al año, multiplicado cuatro-cinco años de espera), el costo de un trasplante de riñón (que gira en torno a los 150000) es sin duda inferior. Los argumentos más importantes que se pueden aducir en favor del mercado puro son dos y son bien conocidos. Por una parte, está la importancia del valor de la autonomía individual, el derecho de cada uno a vivir la propia vida, en los límites humanamente posibles, de acuerdo con los propios valores, deseos, proyectos, concepciones filosóficas y religiosas. Valor tutelado por una concepción liberal o antipaternalista[3]. Sin extenderme sobre la noción de autonomía individual, que he

3. Podemos denominar, más precisamente, *antipaternalismo jurídico moderado* a la concepción ético-política según la cual el Estado, o un sujeto agente autorizado por el Estado, *no* tiene el derecho de usar la coerción contra la voluntad de un individuo adulto con el fin, exclusivo o principal, de evitar que este, a través de una acción o una omisión, cause, o se arriesgue a causar, o intente de modo significativo causar, a sí mismo (aquello que es considerado como) un daño, por ejemplo físico, psicofísico, económico (dañando de esta forma su bien), si es cierto o verosímil que la voluntad de tal individuo adulto de llevar adelante actividades peligrosas y/o dañosas se ha formado de manera racional, es expresada por una persona capaz de entender y querer, está basada en el conocimiento de los hechos relevantes, es estable en el tiempo, y se encuentra suficientemente libre de presiones coercitivas. A mayor razón, obviamente, el Estado no puede limitar la libertad del individuo si la acción que quiere llevar a cabo no causa ningún daño al individuo mismo. Según el antipaternalismo moderado aquí defendido, de hecho, si el consentimiento del individuo no está, en el sentido especificado, viciado, su libertad de acción puede ser limitada, mediante el uso de la coerción, solo si causa daños a terceros. Se trata del famoso «principio del daño» (*Harm to Others Principle*) elaborado por John Stuart Mill. De ahora en más, por simplicidad, hablaré de antipaternalismo para referirme siempre al antipaternalismo jurídico *moderado*. Cfr. Alemany, 2006, 381 y ss.; Diciotti 2005, 100 y ss., 112; Feinberg 1986, 10 y ss.; Feinberg 1984, 31 y ss.; Mill 1997, 12 y ss. Sobre el tema, cfr. Maniaci 2012, cap. I, § 1. Feinberg denomina «paternalismo moderado» a una concepción análoga a la defendida aquí. Cfr. Feinberg 1986, 12 y ss. Sobre el tema del *paternalismo jurídico* que, en el presente ensayo, no puedo profundizar, cfr. Maniaci 2012. Cfr. Dworkin 1983, 20; Feinberg 1983, 3; Garzón Valdés 1988a, 156; Garzón Valdés 1988b; Atienza 1988; Garzón Valdés 2005. Para una definición más amplia de interferencia o intervenciones paternalistas, cfr. Gert & Culver 1976; VanDeVeer 1986, 22. Para un análisis profundizado del concepto de paternalismo político y jurídico,

profundizado en otro lugar, podemos decir que, en principio, las condiciones que el agente debe poseer (o que puede razonablemente presumirse que tenga) para lograr un grado suficiente de autonomía son cuatro: suficiente racionalidad, estabilidad en el tiempo de las preferencias del agente, suficiente libertad de[4] presiones coercitivas (en el sentido de estar libre de presiones coercitivas) en la formación de las preferencias del agente, y conocimiento de los hechos relevantes[5]. Cada adulto, si así lo desea, y es suficientemente autónomo (es decir, se presume que tiene o logra suficientemente las cuatro condiciones arriba indicadas), tendría en este sentido el derecho de disponer del propio cuerpo, incluso en el caso de la estipulación de un contrato de extracción de órganos de cedente vivo. El argumento de la autonomía individual se contrapone sin duda a un argumento teológico, según el cual la vida y el cuerpo pertenecen a Dios, y nadie puede disponer de aquello que no le pertenece; pero también a argumentos, *lato sensu*, comunitaristas, por ejemplo la idea de que un individuo es un ser relacional, que nace y crece dentro de una comunidad, dentro de una red de vínculos afectivos, sociales y económicos, vínculos que en gran parte no puede rescindir, una comunidad en la cual cumple una función (de marido, contribuyente, trabajador) que no puede renunciar a cumplir, por ejemplo, abreviando su vida como haría en el caso de la venta y del trasplante de un órgano. O bien se contrapone con el argumento perfeccionista. Como es bien sabido, es muy fácil replicar a estos argumentos.

El argumento teológico no puede implementarse en un Estado laico y pluralista ni frente a agnósticos, ateos, neo-epicúreos, confucianos, taoístas, budistas, que pueden tener creencias diferentes. En segundo lugar, en muchos Estados occidentales, el individuo ya tiene el derecho de incrementar mucho el riesgo de abreviar la propia vida, fumando dos paquetes de cigarrillos por día, bebiendo una botella de *whiskey* por día, o adquiriendo enorme sobrepeso o volviéndose obeso al comer alimentos con alto contenido en grasas, y tiene el derecho de rescindir (casi) todos los vínculos afectivos, sociales y económicos originarios y la mayor parte de aquellos no originarios. En muchos ordenamientos occidentales, cumplidas determinadas obligaciones contractuales y fiscales, y salvaguardadas las obligaciones de asistencia hacia los hijos no

cfr. Alemany 2006, cap. I, en particular 343 y ss.; Diciotti 1986, 557 y ss. En este ensayo, por simplicidad, hablaré de paternalismo para referirme siempre al paternalismo jurídico.

4. NdT: En el original italiano, «*libertà da*». Esta expresión posee el sentido de «no encontrarse sujeto a», «no encontrarse bajo», o «estar libre de» (en este caso puntual, presiones coercitivas).

5. Sobre el significado de tales condiciones de autonomía, sobre las cuales aquí no puedo detenerme, cfr. Maniaci 2012, 76 y ss. Para las actividades que normalmente no producen o corren el riesgo de producir un daño serio a la salud, a la integridad física o a la vida (como comprar un vestido, una casa, un automóvil, hacer una dieta), se presume que existen los requisitos de la suficiente racionalidad, conocimiento de los hechos relevantes, libertad de presiones coercitivas, salvo prueba en contrario en casos concretos o salvo decisiones particulares, como aquella del trabajador de renunciar a las vacaciones pagadas, que prevén presunciones en contrario, pues sería considerablemente costoso para la Administración Pública y altamente restrictivo de la libertad de los individuos constreñir a las personas a coloquios para establecer si son suficientemente racionales o si conocen los hechos relevantes al tomar este tipo de decisiones. Para las actividades dañosas o peligrosas, como consumir cocaína o heroína, o pedir la eutanasia, se pueden prever coloquios con un médico o psicólogo para que comprueben los requisitos de la autonomía.

independientes (vínculo moral y material), el cónyuge (que son vínculos morales y materiales libremente elegidos y que pueden ser rescindidos) o los padres necesitados (de los cuales, *de iure condendo*, podría ocuparse también el Estado en caso de rechazo del hijo), obligaciones de asistencia material (pero no moral) que pueden ser satisfechas incluso mediante un cheque enviado por correo postal, el individuo puede alejarse para siempre de su familia de origen, puede expatriarse de modo definitivo, puede dejar definitivamente el trabajo y mendigar sin molestias, puede dejar de modo definitivo a los amigos y volverse un ermitaño en el desierto, así como un simpático pensionado misántropo, con hijos ya adultos e independientes, puede retirarse de forma definitiva a la vida privada en su campo, alejándose de todo el mundo circundante y viviendo solo con sus plantas (eventualmente, enviando cheques a hijos adultos no independientes).

Según el argumento perfeccionista, es indispensable que cada individuo sea orientado, mediante persuasión o, de ser necesario, mediante la fuerza, hacia un ideal de excelencia moral, que cada uno comprenda la importancia de florecer, crecer, perfeccionarse en la dirección de una vida moralmente más virtuosa, culta, hacendosa, etc. En este sentido, la comunidad organizada tendría el derecho de imponer paternalistamente a los ciudadanos, incluso mediante el uso de la fuerza, el que sean valientes y no pávidos, hacendosos y no perezosos, sabios y no imprudentes, solidarios y no egoístas, generosos y no ávidos de dinero, comedidos y no lascivos, o, incluso, el mantener la propia integridad psicofísica para poder cultivar las otras virtudes. Más allá de las hipótesis en las cuales el perfeccionismo se traduce en un verdadero «moralismo jurídico», según el cual el Estado puede prohibir al individuo que adopte un comportamiento considerado como moralmente inaceptable (por ejemplo, practicar el sexo oral), incluso en ausencia de un daño económico o físico causado por el agente a sí mismo, el argumento puede justificar prohibiciones de naturaleza paternalista por cuanto la realización de acciones peligrosas o dañosas es incompatible con el ejercicio de alguna virtud. Por ejemplo, se puede afirmar que, en el desafortunado caso de una enfermedad grave e invalidante (como un tumor) que pronto conducirá al paciente a la muerte, después de un período de sufrimiento psíquico y físico, este último debe soportar estoicamente la suerte, ser *valiente* e impávido frente al dolor. Por ejemplo, A. Ruggeri escribe:

> [E]n relación con los sujetos que se encuentran en un estado de particular sufrimiento, la solidaridad es, en primer lugar, de la sociedad hacia el enfermo, pero también, aunque pueda ser difícil de digerir, del propio enfermo hacia la sociedad, donde se esté de acuerdo con el hecho de que mantenerse con vida contribuye (…) al progreso espiritual de la sociedad[6].

En este caso, parece que Ruggeri desea imponer un deber de ser virtuoso, en particular solidario, un deber de contribuir, siendo solidario, al progreso espiritual de la sociedad. Se puede afirmar, también, que una persona que vende un riñón tiene el vicio de ser materialista, demasiado ligado al dinero, o que una persona que compra y que necesita un riñón no es lo suficientemente valiente, impávido frente al dolor y a la muerte.

6. Ruggeri 2011, 12. NdT: La traducción de la cita textual al castellano es propia.

Contra el argumento perfeccionista es posible realizar al menos una objeción.

Se podría dudar de que pueda existir coherentemente un *Estado ético*, es decir, un Estado que imponga una idea de excelencia moral, un modelo de virtud, sin que se planteen problemas de racionalidad. Si se trata de desalentar, mediante la amenaza de una sanción, la adopción de un cierto comportamiento (por ejemplo, trabajar menos de ocho horas al día, derrochar el propio patrimonio en sexo por dinero), esto es sin duda posible. Pero hacer esto, ¿significa volver más virtuosos o más valientes a los hombres? En otras palabras, ¿no es un requerimiento paradójico el *imponer* una virtud, es decir, pretender algo que de hecho es imposible? El actuar intencionalmente, según las propias convicciones o el propio arrepentimiento, ¿no es parte integrante del ser virtuoso? ¿Puede obligarse a alguien a ser virtuoso o valiente? Incluso si se lo obligase a tener un cierto comportamiento, ¿sería un ejemplo de virtud, de valentía o de generosidad? ¿«El crecimiento espiritual de la sociedad puede ser impuesto obligando a alguien a ser valiente»[7] o solidario, como quiere Ruggeri? No me parece[8].

Contra esta última objeción, los paternalistas podrían elaborar la siguiente contraobjeción. La idea de fondo es que la virtud no es algo que se tiene o que no se tiene. Es posible enseñar a los hombres a florecer del modo justo, a descubrir cuáles son sus *verdaderos* fines, o los fines cuya consecución es condición necesaria para alcanzar su verdadero bienestar, o a comprender la satisfacción de cuáles deseos podrían volverlos *realmente* felices. Y la educación para la virtud, para la felicidad plena, para el verdadero bienestar en contraposición a aquel incompleto o distorsionado, dado por la satisfacción de las falsas necesidades, etc., como toda educación que se precie, también puede valerse legítimamente de la amenaza de un mal futuro, de una sanción. De modo tal que los hombres inicialmente constreñidos, por miedo a la sanción del Estado, a actuar en conformidad con lo requerido por un cierto modelo de virtud, podrían poco a poco comprender, sobre la base de programas de educación para la virtud, la importancia de tales virtudes para su bienestar, para su felicidad. Como un niño indisciplinado que, después de haber sido castigado, comprende la importancia de no hacer el mal a los otros[9].

7. Adamo 2016, 1267. NdT: La traducción de la cita textual al castellano es propia.
8. Cfr. Dworkin 2002, 237-238; Schiavello 1998, 63 y ss. Otras objeciones contra el argumento perfeccionista son las siguientes. En primer lugar, conceptos como «valiente», «virtuoso», «hacendoso», «egoísta», son éticamente *densos*, es decir que tienen una inevitable dimensión valorativa, controvertida, dimensión que algunos autores sostienen que es incluso inescindible de la dimensión así llamada factual, que determina las condiciones de verdad de la afirmación «X es valiente». Si es de *cobardes*, y entonces debería estar prohibido, requerir el suicidio asistido en el caso de enfermedad grave o terminal, ¿no podría también serlo el abandonar la patria luego de una ofensa sufrida o de una desilusión amorosa? Si es de cobardes requerir el suicidio asistido, en caso de enfermedad grave, por miedo al dolor, ¿no lo sería también el desistir de propuestas suicidas por miedo a la muerte o al *m*ás allá? El uso de estos términos éticamente densos plantearía graves problemas de indeterminación del supuesto de hecho de normas penales incriminatorias que serían introducidas por un Estado ético, y que contendrían tales conceptos densos.
9. Para una ulterior contrarréplica, cfr. Dworkin 2002, 238. Es importante subrayar que la así llamada teoría funcionalista de la naturaleza humana, que subyace al perfeccionismo moral de carácter teleológico, según la cual los hombres poseen determinados deseos, necesidades, cuya consecución es necesaria para alcanzar su bienestar, su felicidad (por ejemplo, el deseo de casarse, tener tantos amigos e hijos, etc.) en virtud de su

Este último argumento se encuentra sujeto a, al menos, dos objeciones. Los hombres adultos no son niños indisciplinados: si fueran forzados a comportarse de un modo que consideran injusto (prohibición de consumo de tabaco), su reacción sería probablemente de odio y rencor hacia las instituciones que los fuerzan. En todo caso, hemos visto que el uso de la fuerza no basta para orientar la virtud; se necesita también una educación para la virtud, dialógica, persuasiva. Y, sin embargo, si la idea es que es posible educar a los hombres para florecer del modo justo, a descubrir cuáles son los fines cuya consecución es condición necesaria para alcanzar su *verdadero* bienestar, tal educación para la virtud encuentra, en primer lugar, una objeción que podemos llamar aquella de la *constricción.* Una vez que se prohibiese un cierto comportamiento (fumar tabaco, por ejemplo) y, además de la sanción, se impusiese un programa terapéutico y educativo contra el fumar tabaco, ¿qué valor podría tener un programa tal, considerando que su participación es impuesta? El elemento de la constricción vuelve muy improbable que el individuo se dé cuenta de que fumar tabaco no es apropiado. Desde hace décadas, las teorías psicoterapéuticas y psicoanalíticas modernas establecen que la participación en programas terapéuticos y reeducativos debe ser voluntaria, so pena de fracaso de la terapia o del programa rehabilitador. Si, en efecto, se puede imponer a alguien la participación en un programa terapéutico o la educación para la virtud, no se le puede imponer la *colaboración*, en el sentido de que el participante podría legítimamente pensar en lo que quiera durante el programa de educación para la virtud. Y la posibilidad de que un individuo no colabore con un programa educativo que le es impuesto es muy alta. En segundo lugar, los actuales Estados paternalistas prohíben determinados comportamientos, pero no adoptan programas de educación para la virtud para adultos (por ejemplo, de educación para la resistencia al dolor), lo que es perfectamente comprensible, ya que la participación obligatoria en tales programas sería experimentada por los ciudadanos occidentales como una violación intolerable de la autonomía, de modo que, de hecho, si implementada sobre una base perfeccionista, la prohibición actual de la venta y del trasplante de un órgano, es ineficaz, porque no se puede forzar con la sanción, como hemos visto, a una persona a ser virtuosa.

En relación con las objeciones comunitaristas más difundidas, en primer lugar, el valor de la autonomía individual no se encuentra conceptualmente vinculado a una concepción fuerte o significativa del libre albedrío. Puede existir una concepción liberal sin libre albedrío. No importa si, y cuánto, los deseos de una persona son fruto del ADN, de la educación familiar, del azar, del destino, de la providencia, del movimiento de los planetas, o de cualquier otro fenómeno en el cual se crea: según una concepción liberal-igualitaria, cada quien tiene el derecho de vivir según sus deseos, de perseguir aquello que considera, en presencia de suficiente racionalidad, conocimiento de los hechos relevantes, suficiente libertad de presiones coercitivas, el propio

naturaleza, es muy a menudo una *ideología*, en el peor sentido del término, una *falsa* teoría, que camufla, disimula, detrás de la mampara de nociones aparentemente objetivas, como bienestar, felicidad, etc., la imposición de modelos de comportamiento, de un ideal del carácter. Cfr. Celano 1994, 577.

bienestar, siempre que no haga daño a terceros. En segundo lugar, como subrayaba Dworkin, «las personas pertenecen a muchas comunidades diferentes; si lo desean pueden pertenecer a más comunidades. Pertenecen, o pueden pertenecer, a familias, barrios, grupos de exalumnos, asociaciones estudiantiles, fábricas, universidades, equipos, grupos étnicos»[10], grupos de amigos o comunidades religiosas. Y no hay razón para pensar que tales comunidades más reducidas no puedan satisfacer la necesidad, más bien diría un derecho legítimo de afecto, pertenencia, homogeneidad moral, apego a la tradición, construcción de una identidad fuerte que, en las comunidades políticas nacionales, sobre todo si son pluralistas, multiétnicas, multiculturales como las occidentales, es muy difícil, y hoy totalmente utópico, lograr. Como señala Feinberg, sin perjuicio de que cada uno posee *the right to be left alone*, el ideal de una comunidad liberal (así como el resultado más probable de su realización) no es un conjunto de personas solas y aisladas, mónadas separadas la una de la otra, sin ningún vínculo social y afectivo que las tenga unidas. Sino más bien una red de comunidades o grupos intermedios, entre el Estado y la familia de origen, en los cuales cada uno pueda alcanzar (siempre que no cause daños a terceros, obviamente) la propia felicidad, el propio bienestar, es decir desarrollar la propia *naturaleza* (no importa si esta se ha formado por elección, destino, influencia astral, herencia genética, educación familiar, voluntad divina o patrimonio cultural)[11]. De modo que cada uno pueda elegir, una vez que sea adulto y racional, la comunidad o las comunidades intermedias que más se adapten a su naturaleza. Y que tales comunidades sean un club sadomasoquista o para *swingers*, un grupo de oración, una asociación de ferroviarios o de filósofos, un fumadero de opio, un club de ajedrez, un grupo de *escort* con ambiciones políticas, una asociación ambiental o gay, un complejo nazi-rock, el club de fans de Woody Allen o de Britney Spears, no debería suponer, en este sentido, ninguna diferencia.

Obviamente, en favor del modelo del mercado puro de órganos se pueden aducir también argumentos utilitaristas, relativos al ahorro, para la colectividad, de los costos de la sanidad, pero no tendré en cuenta tales argumentos. El segundo argumento en favor del mercado puro de órganos es la tutela de la vida humana, de cada individuo que en el futuro puede enfermarse, y de los individuos enfermos que se encuentran a la espera de un trasplante de riñón o de otro órgano. El modelo altruista puro, como veremos, no parece, en efecto, empíricamente ser capaz de resolver el problema de las listas de espera, esto es, de suministrar un número suficiente de órganos tal que balancee la demanda de órganos.

¿Qué objeciones pueden aducirse contra el modelo de mercado puro de órganos? Cuatro objeciones fundamentales. La primera objeción es muy débil, a diferencia de las otras tres. Según la primera objeción, existen cosas que no deberían ser vendidas o

10. Las citas, y algunas objeciones a los argumentos comunitaristas, provienen de Dworkin 2002, 239, 240, 242, 252. Sobre el tipo de vínculo, menos fuerte, pero igualmente fructífero que el individuo puede instaurar con una comunidad política nacional pluralista y tolerante, cfr. siempre *ibíd.*, p. 244 y ss. NdT: La traducción de la cita al castellano es propia.
11. Cfr. Feinberg 1990, 81 y ss.

compradas, como los órganos, porque esto implica la mercantilización y la *objetificación*, es decir el tratar algo como una mercancía (*commodity*) o como un objeto. En realidad, como señala Fabre, el hecho de que algo sea vendido o comprado no quiere decir que sea tratado, en un sentido descriptivo/valorativo, normalmente negativo, como una mercancía, o, en un sentido descriptivo/valorativo, como un objeto. Tratar algo, en un sentido descriptivo/valorativo, como una mercancía significa que la producción, la distribución y el uso de la cosa están regulados *solo* por las leyes del mercado. Pero no siempre es así. También la fuerza de trabajo puede ser considerada, desde un punto de vista económico y neutral, una mercancía, pero no por ello los trabajadores dependientes no tienen derechos inalienables, irrenunciables, a una retribución adecuada, al descanso diario, a las vacaciones pagadas, a un entorno de trabajo saludable, al seguro contra los accidentes en el trabajo. Tratar algo como un objeto (de propiedad de uno), en un sentido descriptivo/prescriptivo, implica, como decían los romanos, el *ius utendi e abutendi*, el derecho de usarlo como se quiera y de consumirlo, destruirlo, como podría hacer con mi teléfono móvil o con mi televisor. Al contrario, no todo aquello que es comprado o vendido es tratado como una mercancía o como un objeto en un sentido descriptivo/valorativo[12]. Yo puedo comprar un animal, pero los animales tienen algunos derechos, o, si se prefiere, para con ellos tengo algunas obligaciones de no maltrato[13]. Lo mismo vale para los órganos en el caso de cesión. Primero, porque una vez separados del cuerpo del cedente estos se vuelven una parte separada, por lo que enajenándolos el cedente no se trataría a sí mismo como un objeto[14]. Segundo, porque estos órganos, aunque sean *objetos* en un sentido neutral del término, porque no son personas o sujetos, sirven para salvar vidas humanas, no pueden ser utilizados para otros fines, no pueden ser destruidos o tirados a la basura. No son una *mercancía* con la cual se puede hacer aquello que se quiera, sobre la cual alguien tiene *ius utendi e abutendi* o el derecho de propiedad, no se pueden vender de nuevo[15].

12. En un sentido neutral, completamente descriptivo, todo lo que no es un *sujeto*, una persona, es claramente un objeto.
13. Fabre 2006, 20 del cap. *Organ Sales.*
14. «La premisa mayor [del argumento kantiano] es que la categoría de los propietarios y la categoría de las cosas que pueden ser objeto de propiedad sean mutuamente excluyentes. La premisa menor es, en cambio, el hecho de que el sujeto no sea en modo alguno escindible del propio cuerpo. De estas dos asunciones se debería concluir que poseer una parte del cuerpo de un sujeto, implicaría un (parcial) derecho de propiedad sobre el sujeto mismo. Sin embargo, como es afirmado por la premisa mayor, esto no podrá nunca ser lógica o jurídicamente aceptado. El punto de crítica, según Lockwood, se encuentra en la premisa menor, que debe ser disputada porque la subjetividad del «propietario» es, hoy, verificable solo dentro del encéfalo y no en los otros órganos, que pueden ser reducidos a mero objeto [en un sentido neutral]. Por lo tanto, en órganos o tejidos individuales no es posible encontrar ningún elemento de subjetividad (como en cambio quería Kant). Por lo tanto, el sujeto cedente (que permanece confinado en el encéfalo) y la cosa cedida ya no coinciden, anulando el segundo interdicto kantiano», es decir la imposibilidad lógico-jurídica de que una persona venda un órgano de su propio cuerpo. Sommaggio 2017, 500-501. NdT: La traducción del original italiano al castellano es propia.
15. El caso de alguien que sea suficientemente autónomo, es decir que tenga racionalidad, conciencia de los hechos relevantes, capacidad de entender y de querer, suficiente libertad de presiones coercitivas, estabilidad en el tiempo de sus deseos, y que quiera efectuar una operación quirúrgica de remoción de un riñón para

Segunda objeción. Desde el punto de vista liberal, la solución de consentir la estipulación de contratos que tengan como objeto la extracción de órganos de vivos a vivos no resulta satisfactoria. Parece, en efecto, necesario tutelar, como se hace en el caso de la eutanasia y del suicidio asistido, la última voluntad del cedente. Si el cedente, después de haber firmado el contrato, se arrepiente, me parecería más importante salvaguardar su autonomía, su última voluntad, incluso si esta es contraria a la voluntad manifestada al momento de la estipulación del contrato. Contrariamente a lo que piensan algunos libertarios, el tutelar los contratos, es decir volverlos vinculantes, no tutela necesariamente la autonomía individual de ambas partes. El tutelar la parte cumplidora contra la parte incumplidora, tutela simplemente los intereses de la primera contra la segunda y tutela los intereses de aquellos que obtienen beneficios, en general, de aquella práctica, tutelando la confianza de terceros. Si los contratos no fuesen vinculantes, por ejemplo, muchos no se arriesgarían a realizar una prestación (conceder un mutuo) sin la certeza de que la otra parte será punida en caso de incumplimiento. Pero no todos los contratos y no todos los intereses son dignos de tutela, y los contratos que versan sobre actos importantes e irreversibles de disposición del propio cuerpo no lo son, en la medida en que me parece atroz constreñir a quien ha firmado un contrato de cesión de órganos a realizar la prestación, es decir a hacerse extraer un órgano estando vivo, cuando al momento de la extracción ya no desea hacerlo. Lo mismo vale para la así llamada maternidad subrogada, en el sentido de que la madre subrogada debería tener el derecho de tener el niño.

La tercera objeción concierne al punto de vista de la demanda. Si el costo de un contrato de cesión onerosa de un órgano fuese muy elevado, como se piensa que sería en el caso de liberalización, solo personas muy ricas podrían permitirse estipular contratos de este estilo, determinando de esta forma una desigualdad notable en la distribución de los órganos disponibles. Aún peor, si se hicieran subastas crueles de órganos en venta. El resultado a mediano plazo sería que la expectativa de vida de las personas más ricas sería, de este modo, mucho más elevada que aquella de la clase más pobre. Si el costo de un contrato de cesión onerosa de un órgano fuese no muy elevado, pero importante, siempre habría un problema, porque personas pobres no podrían permitirse estipular

luego tirarlo a la basura es un caso *estadísticamente inexistente*, en el sentido de que jamás he escuchado acerca de una persona autónoma, racional y libre de presiones coercitivas, que quisiera hacer una cosa del estilo, por lo cual el procedimiento de determinación (coloquio con un médico, con un psiquiatra) de los requisitos (racionalidad, libertad de presiones coercitivas) del consentimiento del individuo que quisiera hacer una cosa del estilo sería un costo para la colectividad que debería absolutamente evitarse, un daño económico, que justificaría la prohibición de la acción relevante (remoción del riñón para tirarlo a la basura) según el «principio del daño a terceros». Otro caso imaginado por Sandel es el de un mercader de arte bizarro que a cambio de 10000 euros quiera comprar un riñón de otro individuo para mostrarlo en las mesas de un café como argumento controvertido de conversación. Cfr. Sandel 2009, § *Selling Kidneys*. También este es un caso inútil para construir una teoría, por estadísticamente inexistente. Sobre el concepto de casos estadísticamente inexistentes, como un padre y una hija, ambos adultos, racionales, capaces de entender y de querer, y libres de presiones coercitivas, que quieran mantener una relación incestuosa, cfr. el cap. III de Maniaci 2012.

contratos de este estilo, determinando de esta forma una desigualdad notable en la distribución de los órganos disponibles.

La cuarta objeción concierne al punto de vista de la oferta de órganos, es decir cuán libre y autónoma sería la voluntad de aquellos que estipulen un contrato de cesión onerosa de órganos entre vivos. En algunos casos, tal voluntad sería suficientemente libre, cuando, por ejemplo, un padre europeo cediese un riñón a título oneroso para hacer estudiar a su hijo en universidades estadounidenses prestigiosas o para comprarse un automóvil nuevo. Pero en otros casos, la voluntad de los cedentes se formaría en presencia de algunas presiones coercitivas bien precisas, que son aquellas que dependen de la pobreza absoluta o de la ausencia de suficientes medios de subsistencia. En un mundo ideal, algunos derechos fundamentales deberían estar tutelados, como el derecho a la salud, a una retribución digna, a una pensión adecuada, a una casa, a un subsidio de desocupación involuntaria. Pero incluso en Europa, y sobre todo en Italia, no vivimos en un mundo ideal; por lo tanto, debemos tomar en cuenta el hecho de que en algunos países no existen, frente a una tasa elevada de desocupación, formas de tutela de la renta universales en caso de desocupación involuntaria. Entonces, si el consenso a la cesión onerosa de órganos entre vivos puede no estar suficientemente libre de presiones coercitivas, algunas personas, una vuelta creado un mercado de órganos, podrían encontrarse *constreñidas*, no por un bandido, sino por la pobreza a ceder a título oneroso un órgano propio, a comercializar partes de su propio cuerpo. Constricciones que, a nivel sistémico, se podrían incluso imputar al Estado, que no protege suficientemente a los individuos contra la desocupación involuntaria o no proporciona pensiones por jubilación adecuadas.

## 3. EL MODELO ALTRUISTA IMPURO

En el 2015, el reporte de la *Eurotransplant International Foundation* contabilizaba 910 pacientes muertos a la espera de un órgano para trasplante solo en Alemania, y 1359 los pacientes muertos en Europa (pero la estadística involucraba solo a Austria, Bélgica, Hungría, Croacia, Eslovenia y Holanda, entonces los pacientes muertos fueron muchos más en toda Europa), mientras que los pacientes fallecidos a la espera de un trasplante en Croacia fueron *solo* 30; si bien Croacia es numéricamente más pequeña, solamente 4,5 millones de habitantes contra los 80 millones de Alemania, entonces 30 fallecidos en Croacia corresponderían a aproximadamente 600 fallecidos en Alemania (casi 20 veces). Según el sitio de la ONT, *Organización Nacional de Trasplantes,* aproximadamente el 10% de los pacientes en lista de espera en España (5480 pacientes en lista de espera en el 2016; 4896, en el 2017) muere sin recibir un trasplante[16].

16. *Balance de actividad de la Organización Nacional de Trasplantes* del 2016 (http://www.ont.es/Documents/Presentaci%C3%B3nDatos2016-17.pdf); http://www.ont.es/informacion/Paginas/Trasplante.aspx; *Balance de actividad de la Organización Nacional de Trasplantes* del 2017 (http://www.ont.es/Documents/Datos20172018ENE11.pdf).

Según el *Journalist Workshop on Organ Donation and Transplantation – Recent Facts & Figures,* del 26 de noviembre de 2014, encargado y producido por la Comisión Europea, Bruselas:

> [los] números totales de pacientes en listas de espera reflejan una impresionante realidad, incluso si estos consideran datos de varios sistemas de trasplantes con diferentes políticas públicas nacionales, así como dinámicas evolutivas (véanse las observaciones abajo) y por lo tanto solo representan la punta del iceberg. Un total de más de *63000 pacientes* se encontraban oficialmente colocados en listas de espera de órganos al 31 de diciembre de 2013 en la Unión Europea, *i.e.* sobre 508 millones de habitantes. Si los pacientes de Islandia, Noruega y Turquía fuesen incluidos: 86000 pacientes estaban en las listas de espera (sobre una población total de 588 millones de habitantes).
>
> Aproximadamente, al 31 de diciembre de 2013: Unión Europea: 50000 pacientes se encontraban en las listas de espera de riñón (70000 pacientes con Islandia, Noruega y Turquía); 6700, en las listas de espera de hígado (8500 pacientes con Islandia, Noruega y Turquía); 3450, en las listas de espera de corazón (3850 pacientes con Islandia, Noruega y Turquía); 2100, en las listas de espera de pulmón (2200 pacientes con Islandia, Noruega y Turquía); 1300, en las listas de espera de páncreas (1600 pacientes con Islandia, Noruega y Turquía); 70, en las listas de espera de intestino delgado (70 pacientes con Islandia, Noruega y Turquía).
>
> Se ha estimado que *4100 pacientes murieron* mientras se encontraban oficialmente en estas listas de espera en el transcurso del 2013, en los veintiocho Estados miembros de la Unión Europea (3780 y 5500 pacientes murieron mientras estaban en las listas de espera en 2012 y 2011, respectivamente). Si se incluyen los pacientes de Islandia, Noruega y Turquía, puede estimarse que *6000 pacientes murieron* mientras se encontraban en las listas de espera durante 2013[17].

Y la mayor parte de estos pacientes en lista de espera podían ser salvados, porque esperaban la cesión de un riñón o de un pulmón o de una parte de un hígado.

Los diversos reportes demuestran que el modelo altruista puro, basado exclusivamente en la benevolencia y en la diligencia de los donantes (diligencia en el inscribirse en la lista de donantes), así como en la benevolencia de las familias supérstites, claramente no funciona, no tutela suficientemente la vida humana y el bienestar de los pacientes en espera de un trasplante, que deben soportar listas de espera largas, extenuantes, costosas, y tormentosas. ¿Cómo funciona, en cambio, el modelo croata o español, que llamaré «altruista impuro»? En primer lugar, se elige para cada hospital a un coordinador de trasplantes, generalmente un médico especialista en terapia intensiva, que se encuentre entrenado, mediante un *training* o curso específico, para identificar

17. *Journalist Workshop on Organ Donation and Transplantation – Recent Facts & Figures*, 26/11/2014, encargado y producido por la Comisión Europea, Bruselas, https://ec.europa.eu/health/sites/health/files/blood_tissues_organs/docs/ev_20141126_factsfigures_en.pdf (cursivas propias). El Registro Mundial de Trasplantes, que gestiona la ONT, afirma que: «En cuanto a la lista de espera, a fecha 31 de diciembre 2016, los datos del Registro Mundial cifran en 59168 los enfermos europeos que engrosan este listado. Según estos mismos datos, *3795 personas* fallecieron en la Unión Europea a lo largo de todo el año a la espera de un trasplante». http://www.ont.es/Documents/08.09.2017%20NP%20Datos%20Registro%20Mundial%20de%20Trasplantes_.pdf (cursivas propias). NdT: La traducción del inglés original al castellano es propia.

potenciales donantes, acercarse a la familia y hacer cuanto sea necesario, de modo compasivo y profesional, para convencer a la familia de dar el consentimiento para la donación, es decir, hacer entender la importancia del donar órganos para salvar otras vidas humanas.

En segundo lugar, las legislaciones croata y española prevén un sistema favorable a la donación, en el sentido de que un ciudadano es considerado donante salvo que exprese por escrito una voluntad en contrario. Si el ciudadano no ha expresado una voluntad en contrario, la familia al momento del fallecimiento es informada sobre la posibilidad de donar, y el consentimiento de la familia es siempre respetado. En tercer lugar, existe un coordinador nacional de trasplantes, con un equipo o una organización nacional de coordinadores de trasplantes, dependiente del Ministerio de la Salud (en España, ONT). En cuarto lugar, Croacia incluso prevé un sistema de reembolsos al hospital donante. En quinto lugar, igualmente importantes son la educación, la promoción, la organización de campañas públicas a favor de la donación, para hacer crecer el conocimiento sobre la importancia de la donación. En sexto lugar, un elemento clave del éxito español parece ser el hecho de que se utilizan muchos donantes ancianos: la mitad supera los sesenta años, el 30% los setenta. Los donantes muy ancianos no siempre son adecuados para los trasplantes de corazón, pero sí para hígado y riñones[18]. Finalmente, se podrían prever incentivos económicos para la familia de la persona fallecida, es decir del potencial donante fallecido.

## 4. ¿UN MODELO RAZONABLE DE INCENTIVOS ECONÓMICOS A LA CESIÓN ENTRE VIVOS Y DE TUTELA DEL BIENESTAR DEL CEDENTE?

Hemos visto que es posible realizar objeciones, desde mi punto de vista, insuperables tanto hacia el modelo altruista puro como hacia el modelo del mercado puro. Si el modelo altruista impuro, en un futuro, mejorase aún más su *performance*, si, es decir, en un futuro Croacia, España, u otro Estado que adoptase este modelo, lograse (por ejemplo, en diez años) eliminar las listas de espera y, sobre todo, la mortalidad de aquellos que esperan un trasplante, entonces no hay motivo para pensar en otras soluciones. Si, sin embargo, el modelo croata o español no funcionase en el futuro –en el 2015, en Croacia todavía había 20 personas fallecidas a la espera de un trasplante (a la espera de un trasplante de riñón o de hígado), que podían ser salvadas, y 445 personas en lista de espera (frente a 399 trasplantes), mientras que en España, en el 2016 y 2017, todavía cerca del 10% de los potenciales receptores enfermos (5480 los pacientes en lista de espera en el 2016, 4896 en el 2017[19]) murió a la espera de un trasplante–, algunos

18. Cfr. Sánchez 2015; Stela Živčić-Ćosić, Mirela Bušić, Željko Župan, Gordana Pelčić, Martina Anušić Juričić, Željka Jurčić, Mladen Ivanovski, Sanjin Rački 2013, 54.
19. Según el *Balance de actividad de la Organización Nacional de Trasplantes* del 2017, (http://www.ont.es/Documents/Datos20172018ENE11.pdf), ha habido 2183 donantes frente a 5261 trasplantes, con el récord

autores sostienen que se debe probar alguna forma de legalización de los incentivos económicos a la cesión de órganos de cedentes vivos. Establecido que el modelo altruista impuro podría ser adoptado contemporáneamente con un modelo de incentivos económicos a la cesión de órganos entre vivos, ¿existe un modo de tutelar los valores de la autonomía individual y de la vida humana, y de evitar la canibalización y la explotación de la clase más pobre por parte de la clase más rica? ¿Existe un compromiso posible? En primer lugar, para evitar formas de graves desigualdades de oportunidad, desde el punto de vista de la demanda de órganos (es decir, para evitar que solamente los más ricos se beneficien del aumento de los órganos disponibles), es suficiente con que el Servicio o sistema sanitario nacional, o agencias gubernamentales creadas *ad hoc*, centralicen un sistema de extracción de los órganos, pero sobre todo la distribución de los órganos para los trasplantes[20]. En otras palabras, todos, ricos y pobres, deberían beneficiarse del crecimiento de la disponibilidad de órganos para trasplante y tales órganos deberían ser distribuidos según criterios de gravedad de la enfermedad y urgencia, no según los ingresos del donatario.

En este sentido, el Servicio o sistema sanitario nacional proporcionaría incentivos económicos a la cesión de órganos entre vivos, que pueden ser de varios tipos, desde descuentos fiscales hasta verdaderas y propias daciones en dinero. Tales incentivos eliminarían el problema que hemos visto de la estipulación de los contratos, dado que

de 46,9 donantes por millón de habitantes. Si es cierto que el 10% de los pacientes en lista de espera muere cada año, haciendo un cálculo aproximativo para eliminar la muerte de personas en lista de espera debería ser suficiente que España llegase a 53,7 donantes por millón de habitantes. No discutiré si sea éticamente admisible consentir los incentivos económicos a la cesión de órganos entre vivos, no para eliminar la muerte de personas en lista de espera, sino para eliminar del todo las listas de espera, es decir los grandes sufrimientos de los pacientes en diálisis o con otros problemas conectados al funcionamiento defectuoso de un corazón o de un hígado, aunque no falten algunas buenas razones en favor de tal solución. «Diversos estudios (Almutaru et al., 2013; Astroth et al., 2013) muestran como entre los síntomas más comunes de la insuficiencia renal crónica (IRC), la fatiga, la sensación de somnolencia, el dolor y el prurito son aquellas que tienen un impacto más significativo sobre la CdV [calidad de vida] de estos pacientes. (…) Del presente estudio surge que Salud y Familia han sido reportadas, con la misma frecuencia, por la mayor parte de los pacientes. La importancia de la Salud para la CdV del paciente en diálisis es confirmada por la evaluación de esta en la escala de Importancia. Además, los pacientes informan que se encuentran escasamente satisfechos en relación con las propias condiciones de salud». Riviello, G. Cangini, V. Cremonini, P. Todeschini, K. Mattarozzi 2015. «En general, pacientes con enfermedades renales en la etapa terminal deben afrontar muchas adversidades, como: síntomas físicos fastidiosos; programas alimenticios especiales; transformaciones a nivel físico; cambios en los objetivos personales, sociales, y profesionales; adaptación de la vida a una enfermedad crónica. Las enfermedades crónicas e invalidantes comportan serios efectos sobre la calidad de vida de los pacientes y pueden influenciar los aspectos sociales, financieros, y psicológicos. En lo que respecta a la diferencia de calidad de vida, desde el punto de vista psico-social, entre pacientes sometidos a hemodiálisis y pacientes sometidos a diálisis peritoneal, parecería que los segundos logran tener una mejor calidad en el día a día. Sin embargo, desde el punto de vista físico, parece que los pacientes sometidos a hemodiálisis se encuentran mejor. En términos de salud mental, los pacientes en hemodiálisis han reportado mayor ansia, insomnio y mayores síntomas depresivos». Cfr. https://www.pazienti.it/news-di-salute/la-qualita-della-vita-di-un-paziente-in-dialisi-19102017. Cfr. también Zazzeroni L., Pasquinelli G., Nanni E., Cremonini V., Rubbi I. 2017. NdT: Las traducciones del original italiano al castellano son propias.

20. Para soluciones similares, cfr. Fabre 2006, 34 del cap. *Organ Sales*.

el cedente podría hasta el momento de la extracción del órgano renunciar al incentivo y a la cesión de órganos.

Algunas propuestas interesantes conciernen también a la tutela del bienestar del cedente. Como dice Sommaggio: «En lo que respecta a la remoción de los desincentivos, las propuestas del *report* son las siguientes: (…) los donantes y sus familias no deberán sufrir ningún daño debido a la extracción; se habla del rembolso de los gastos o de la ganancia perdida, del seguro o del cuidado de los efectos colaterales de la cesión»[21].

En particular, la propuesta de incentivos de algunos autores prevé:

> Un sistema aceptable de incentivos para la cesión debe asegurar –tanto para el cedente (y la familia del cedente, en el caso de cesión cadavérica) y el receptor– respeto, beneficio, y protección contra daños. Más específicamente: (i) el cedente (o familia) es respetado como una persona que es capaz de tomar decisiones en su mejor interés (autonomía); (ii) se provee al potencial cedente (o familia) de información apropiada para apoyar la producción de decisiones informadas (consentimiento informado); (iii) la salud del cedente es promovida a cada paso, incluyendo evaluación y seguimiento médico (respeto por la persona); (iv) el incentivo para cedentes vivos debe ser de valor adecuado (y capaz de mejorar las circunstancias del cedente); (v) la gratitud es expresada por el acto de cesión. Los elementos críticos de tal sistema serían la protección, regulación, vigilancia y transparencia bajo los auspicios del apropiado ente gubernamental o ente apropiado por el gobierno[22].

Tales autores hablan de tutelar, en máximo grado, el bienestar del cedente y su salud. ¿Se puede lograr? Se habla de realizar un seguro sobre la vida del cedente, pero también de colocar al eventual cedente, por ejemplo, de un riñón, en el caso de que este haya contraído una enfermedad en el único riñón restante, en las listas de espera de un trasplante de riñón con absoluta prioridad respecto de todos los otros potenciales receptores. De este modo, mediante el cuidado de los efectos colaterales del trasplante y a través de la inserción del cedente en las listas de espera de un trasplante con absoluta prioridad sobre cualquier otro, ¿puede tutelarse al 100% la salud y la vida del cedente, impidiendo, de esta forma, la canibalización de las clases más pobres por parte de la mayor parte de la población? Si la salud y la vida del cedente fuesen tuteladas plenamente, no habría ninguna canibalización, porque aquellos que, de pocos recursos, se encontrasen constreñidos a ceder a título oneroso un órgano (recibiendo el incentivo

21. Sommaggio 2017, 513. «Los donantes (o las familias de estos) no deberían sufrir ninguna carga financiera a corto o a largo plazo como consecuencia de la donación de órganos. Los desincentivos para la donación entre vivos deberían ser eliminados. Como mínimo, esto debería implicar el rembolso de los gastos y de la pérdida de ingresos, junto con la provisión de un seguro por discapacidad a largo plazo, seguro de vida a largo plazo y el cuidado de complicaciones relacionadas con la donación. En algunos países, puede también haber desincentivos para la donación cadavérica (por ejemplo, los costos del viaje de la familia al centro médico para dar el consentimiento). Estos deberían ser abordados y anulados. Dentro de cada país, deberían promulgarse políticas públicas para maximizar el beneficio de los programas de donación cadavérica. Esto es particularmente importante para aquellos que están esperando por trasplantes extra-renales, donde la donación entre vivos no es una opción». Matas et al, 2012, 308. NdT: Las traducciones del italiano y del inglés al castellano son propias.

22. Matas et al, 2012, 308. NdT: La traducción del original inglés es propia.

económico previsto) no sufrirían un daño físico o psicológico relevante (a través de una interferencia en el ámbito corporal).

El defecto fundamental de muchas contribuciones sobre el tema de la legalización de los incentivos a la cesión de órganos entre vivos es, lamentablemente, el guardar silencio con relación a los efectos de una extracción de riñón o pulmón sobre la salud y sobre la vida del cedente. Haré referencia sobre todo a los trasplantes de riñón, que son los más frecuentes. El problema es que los resultados de los estudios son controvertidos, no son claros los efectos a medio y largo plazo de una nefrectomía. En primer lugar, la tasa de mortalidad prevista, en caso de una operación de nefrectomía, varía, según los estudios, del 0,02% al 0,03%, hasta el 0,04%, es decir en promedio 3 de cada 10000, riesgo en abstracto bajo, pero todavía siempre existente. También la morbilidad operatoria y postoperatoria (es decir, el grado de incidencia de complicaciones médicas graves y menos graves, operatorias y postoperatorias) varía, según los estudios, del 10% al 17%, en un estudio llega incluso al 27%[23].

En segundo lugar, algunos estudios señalan a menudo, como efectos a medio o largo plazo, una baja tasa de filtración glomerular (TFG), hipertensión, un elevado nivel de proteínas en la orina. El problema es que algunos estudios señalan que una baja TFG, hipertensión, proteinuria son, a su vez, factores de riesgo para enfermedades cardiovasculares y mortalidad cardiovascular[24]. Los estudios suecos y estadounidenses que señalan, en cambio, la misma probabilidad de tener enfermedades renales y cardiovasculares entre donantes vivos y no donantes se basan, a menudo, en una comparación entre un grupo de donantes vivos y la población general, donde, sin embargo, el grupo de control seleccionado entre la población general no se sujeta a un *screening* para identificar eventuales enfermedades no diagnosticadas o riesgos de enfermedades[25]. Por el contrario, un estudio americano señala una probabilidad aproximadamente diez veces mayor para los donantes vivos, con respecto a un grupo de control de no donantes saludables, de desarrollar una enfermedad renal grave (*end stage renal disease*), con un *follow-up* de quince años[26]; en particular, 30 casos de enfermedad renal grave cada 10000, un riesgo absoluto inferior al 1%. Un estudio noruego señala una probabilidad mayor de morir por problemas cardiovasculares y por otras causas para los donantes vivos de riñón con respecto a un grupo seleccionado de no donantes saludables. En particular, según el estudio noruego, se habla de una posibilidad 11 veces superior de desarrollar una enfermedad renal grave (*end stage renal disease*), enfermedad desarrollada en el 0,47% del grupo de donantes seleccionado (por tanto, un riesgo siempre inferior al 1%), y 1,40 veces de mayor probabilidad de morir de enfermedades cardiovasculares para los donantes vivos[27]. La ventaja de este estudio noruego, con respecto a los otros, es evaluar la presencia de enfermedades para un *follow-up*, es decir un período

23. Cfr. Ghods 2010, 66-67.
24. Cfr. Ghods 2010; Ngan, K. L., Lentine, A. S. Levey, B. L. Kasiske, A. X. Garg 2015.
25. Cfr. Ghods 2010, 68. Ngan, K. L., Lentine, A. S. Levey, B. L. Kasiske, A. X. Garg 2015, 2.
26. Cfr. Ngan, K. L., Lentine, A. S. Levey, B. L. Kasiske, A. X. Garg 2015, 3-4.
27. Cfr. Ngan, K. L., Lentine, A. S. Levey, B. L. Kasiske, A. X. Garg 2015, 2-3.

de control, más largo, de entre quince y veinticinco años; mientras que otros estudios, que identifican la misma probabilidad de desarrollar enfermedades renales o cardiovasculares, por parte de donantes vivos y de no donantes, tienen un *follow-up* más corto, es decir, seis-siete años. El defecto del estudio noruego, se argumenta, sin embargo, es que el grupo de control quizás no es representativo de la población noruega, porque la investigación fue hecha en la región rural *NordTrøndelag*, donde la expectativa de vida es más alta que la media nacional[28]. La misma cosa para los estudios sobre la mortalidad general (*all-cause mortality)*: estudios japoneses, suecos y estadounidenses, comparando un grupo de donantes vivos de riñón con la populación general por un período de *follow-up* de seis-siete años, no han encontrado mayores probabilidades de mortalidad de los donantes vivos de riñón, mientras que el ya citado estudio noruego, con un *follow-up* de quince años, señala una mortalidad mayor del 5% de los donantes vivos de riñón con respecto a los no donantes. Finalmente, los donantes vivos de riñón parecen tener una mayor probabilidad, entre 1,5 y 2%, de desarrollar gota, mientras las mujeres donantes vivientes de riñón tienen una mayor, no elevada, probabilidad de desarrollar gestosis o preclamsia[29].

Como decía, en el caso en el cual el riñón restante del cedente vivo se enfermase, el sujeto, sin un trasplante, correría riesgo de muerte, pero la reducción de la expectativa de vida podría ser eliminada, como ya fue dicho, insertando al cedente cuyo único riñón se enfermase en las listas de espera de un trasplante de riñón con absoluta prioridad con respecto a otros. Esto significaría, sin embargo, otra nefrectomía, es decir una ulterior probabilidad, 3 sobre 10000, de morir durante la operación. Pero esta solución no vale para las enfermedades cardiovasculares. Sería necesario, en definitiva, que existieran estudios más en profundidad, instituyendo un registro general de todos los cedentes vivos de riñón, de forma tal que se podrían controlar, por períodos de tiempo largos, las tasas de mortalidad, las razones de mortalidad y la incidencia estadística de enfermedades renales y cardiovasculares, respecto de la población general y respecto de grupos de control de no donantes sanos y más restringidos. Igualmente importante es que haya nuevos estudios y datos empíricos suficientemente seguros sobre la relación entre baja TFG, proteinuria, hipertensión y enfermedades renales y cardiovasculares. Una vez que haya estudios más en profundidad, el potencial cedente vivo de riñón podría ser informado correctamente acerca de los hechos relevantes.

Huelga decir que tal modelo de incentivos económicos a la cesión de órganos entre vivos debería ser implementado solo y exclusivamente en relación con los residentes (por un cierto período) en el territorio nacional, en el cual opera el Servicio o sistema sanitario nacional de referencia, para evitar cesiones por parte de sujetos pobrísimos que viven en Estados no occidentales. El problema de la canibalización de las clases más pobres está conectado a aquel de la *exploitation*.

28. Cfr. Ngan, K. L., Lentine, A. S. Levey, B. L. Kasiske, A. X. Garg 2015, 2-3.
29. Cfr. Ngan, K. L., Lentine, A. S. Levey, B. L. Kasiske, A. X. Garg 2015, 5-6.

## 5. EL PROBLEMA DE LA *EXPLOITATION*

No elaboraré una concepción general de la *exploitation*, que resuelva todos los casos dudosos, sino una definición modelada sobre la base de los casos paradigmáticos o más comunes, y que sea útil a fin de resolver el problema de los incentivos a la cesión de órganos. Existe generalmente *exploitation* cuando un sujeto obtiene una ventaja injusta de una situación de necesidad o constricción de otro sujeto, o de una situación de inferioridad psíquica, situación de necesidad o constricción o de inferioridad psíquica que no ha sido creada por el potencial explotador, sino por fuerzas externas al individuo, como el caso fortuito, las fuerzas de la naturaleza, el ADN, la educación familiar, el mercado, o la falta de tutela de los derechos fundamentales por parte del Estado. Al igual que Arneson o Goodin no considero, como sucede en el lenguaje ordinario, *exploitation* a la hipótesis en la cual Ticio mata a Cayo y le roba, porque es cierto que Ticio ha obtenido una ganancia injusta (ha robado a Cayo), pero el aspecto determinante para describir la situación es el homicidio y el robo, no la explotación, que se vuelve secundaria. El concepto de explotación a menudo aparece en juego cuando no hay otras categorías más graves (homicidio, robo, extorsión, fraude, violación) para describir y condenar moralmente la situación, cuando no tenemos otras categorías para describir la injusticia de la situación[30]. Si Ticio obliga por la fuerza a Caya a tener una relación sexual («O tenemos sexo, o te rompo un brazo»), claramente se aprovecha de la situación, pero la categoría determinante para describir la situación es que hay violencia sexual, no explotación. Obviamente, hay muchos casos dudosos o de frontera, en los cuales puede existir tanto *exploitation* como, por ejemplo, violencia sexual. Si un individuo induce a alguien a realizar actos sexuales abusando de su condición de inferioridad psíquica, que puede ser también un estado de grave angustia o ansia o depresión temporal, o un estado de grave sujeción psicológica debida a la creencia de que el violador es un mago con poderes ocultos, podemos tener tanto violencia sexual (en el sentido del artículo 609 bis, Código Penal italiano) como explotación[31].

Obtener un beneficio injusto significa que en muchos casos (aquella que puede ser descrita como) la oferta hecha por el potencial explotador, a pesar de que, desde un cierto punto de vista, genere una mejora de la situación de la víctima, viola, desde el punto de vista moral, los derechos de la víctima, es decir que el potencial explotador obtiene un beneficio del hecho de que alguien es forzado a elegir entre dos situaciones que se consideran, moralmente, ambas inaceptables. Por ejemplo, si Ticio se encuentra en el desierto y se está muriendo de sed, encuentra a Cayo que tiene una abundante reserva de agua, y Cayo le propone venderle el agua por 100000 euros, Cayo está violando el derecho de Ticio a pagar el agua a un precio de mercado, el derecho de Ticio a no ser forzado a elegir entre la muerte y dar 100000 euros a Cayo. Si Ticio aceptase

30. Cfr. Arneson 1992; Goodin 1988.
31. Cfr. la jurisprudencia italiana citada en: https://www.brocardi.it/codice-penale/libro-secondo/titolo-xii/capo-iii/sezione-ii/art609bis.html.

la oferta, estaría sufriendo un daño económico. Lo mismo en el caso en el cual Ticio se está ahogando y encuentra a Cayo a bordo de su barca (que podría salvarlo), y Cayo le pide 100000 euros para salvarlo[32].

En este sentido, no acepto la distinción de Wertheimer entre *consensual exploitation* y *non consensual exploitation*, porque el explotador siempre se aprovecha de una situación en la cual la víctima es forzada (por ejemplo, por necesidad o por pobreza) a aceptar su oferta, o en la cual el consentimiento de la víctima no es suficientemente válido, está viciado por engaño, ignorancia de los hechos relevantes, momentánea irracionalidad, entonces la voluntad de la víctima siempre se encuentra fuertemente comprometida. Ni tampoco tiene sentido distinguir, como Wertheimer, entre *harmful exploitation* y *mutually advantageous exploitation*, porque los casos de explotación mutuamente beneficiosa son de hecho casos en los cuales la víctima recibe una mejora por la transacción (Ticio se está muriendo de sed y recibe una botella de agua por 100000 euros), pero esta mejora (beber agua), con respecto a la situación inicial (morir de sed), representa también una violación de los derechos de Ticio, un daño económico (dar 100000 euros) en el caso de Ticio que se estaba muriendo de sed[33]. No veo mucho sentido en llamar *simplemente* mutuamente beneficiosa a una situación en la cual Ticio, que se está muriendo de sed, recibe una botella de agua de Cayo, y Cayo recibe 100000 euros, porque la ganancia de Cayo es irrazonable, viola los derechos de Ticio; entonces, en este sentido, toda *exploitation* es, desde un cierto punto de vista, dañosa, *harmful*. La situación precedente, aquella en la cual Ticio (que se está muriendo de sed en un desierto) recibe una botella de agua de Cayo por 100000 euros, es correctamente descrita como una situación, desde un cierto punto de vista, beneficiosa para ambos, porque Ticio obtiene una mejora (tomar agua) con respecto a la situación inicial (morir de sed); pero, desde otro punto de vista, dañosa, dañosa con respecto a lo que Ticio habría tenido derecho, porque existe también un daño, que depende del hecho de que Ticio sufre un agravio económico absolutamente desproporcionado.

Una persona, por ejemplo, un trabajador tiene derecho a no ser forzado, por la pobreza, a trabajar diez-doce horas por día, tiene el derecho de no realizar turnos de trabajo masacrantes, tiene el derecho a las vacaciones y al reposo, es decir, tiene derecho a no ser forzado por la pobreza a renunciar al reposo y a las vacaciones. Tiene derecho a un ambiente de trabajo salubre. El goce de estos derechos garantiza que Ticio no sufra un daño psicofísico o un daño psicológico serio debido a una interferencia significativa en su esfera corpóreo-perceptiva (realizar un turno masacrante de doce horas al día).

32. La filosofía del derecho penal y la dogmática penal distinguen usualmente entre amenazas (*threats*) y ofertas (*offers*). En principio, hay amenaza cuando un individuo se compromete, frente a otro, a llevar a cabo un acto que producirá un empeoramiento de la situación de la víctima, al menos con respecto a las expectativas razonables que la víctima misma tenía antes de la propuesta. Mientras que hay oferta cuando Ticio se compromete, frente a Cayo, a llevar a cabo una acción que producirá una mejora de la situación (económica, social) de Cayo, al menos con respecto a las expectativas razonables de Cayo. En relación con tal distinción, surgen, como se sabe, numerosos casos difíciles que no podemos aquí profundizar. Cfr. Maniaci 2012, cap. I.
33. Cfr. Wertheimer 1996, 14.

¿Tiene derecho Ticio a no ser forzado por la pobreza absoluta a ceder un riñón a cambio de un incentivo económico? Sí, lo tendría, porque la pobreza absoluta es una situación de injusticia, por tanto una en la cual Ticio sufre una presión coercitiva injusta, y donar un riñón estando vivo es, por cierto, donar una parte importante del propio cuerpo[34]. Si la nefrectomía *no implicase* un daño a la salud o un riesgo significativo, incluso bajo, de un daño a la vida o a la salud, cosa que todavía no es clara, sufrir tal presión coercitiva, como un incentivo económico para una persona que vive en la pobreza absoluta, no sería, sin embargo, una situación de grave injusticia, en la medida en que deberíamos ponderar el derecho de Ticio a no ser forzado por la pobreza a donar un riñón y el derecho a la vida de todos los potenciales receptores.

Ticio tiene un derecho fundamental e intangible, no ponderable, a no ser forzado, por la pobreza, a sufrir un daño físico, psicofísico, económico grave, un daño psicológico serio debido a una interferencia significativa en su esfera corpóreo-perceptiva (efectuar un turno masacrante de trabajo doce horas al día), o una violación de su libertad sexual, o a exponerse al riesgo medio o elevado, o incluso bajo, de un daño a la vida o a la salud, salvo que un riesgo bajo de un daño a la salud sea razonablemente inevitable, es decir un riesgo que asume un obrero común, trabajador manual o camionero, no obstante las grandes precauciones tomadas por el dador de trabajo, o salvo que sea un trabajo poco común, como soldado o boxeador, que alguien puede elegir por razones personales. Y no sabemos si la extracción del riñón implica un riesgo medio, o incluso bajo, de un daño físico o psicofísico. Se debe considerar que la pobreza absoluta, de por sí, crea un mayor riesgo de daños futuros a la salud (dadas las peores condiciones de alimentación), entonces mejor no agravar la situación. Así, desde el punto de vista subjetivo, Ticio podría ser eventualmente *forzado*, por la pobreza, a donar un riñón a cambio de un incentivo económico, pero, desde un punto de vista objetivo, si la extracción del riñón no conllevase un daño o un riesgo serio, o incluso bajo, de un daño a la salud o a la vida, estaría sufriendo una presión coercitiva no gravemente injusta, como quien es forzado por la pobreza a trabajar. Ticio, de hecho, no tiene el derecho a ser pagado si no trabaja. Al mitigar o reducir de modo significativo el grado de coerción subjetiva, se puede agregar que el incentivo económico debería ser significativo, por ejemplo 30000 o 50000 euros. En este caso, puede suceder que Ticio done un riñón a cambio del incentivo de 30000 para salir de la pobreza por cuatro años (comprando bienes de primera necesidad), o, más verosímilmente, que Ticio done un riñón a cambio de un incentivo para cumplir el deseo de comprar un automóvil nuevo o una embarcación a vela. De la misma forma, si el incentivo es así de elevado, 30000 o 50000 euros, puede suceder que otras personas, que no sufren de pobreza absoluta, elijan donar un riñón a cambio de un incentivo económico, con el fin, por ejemplo, de comprar un automóvil nuevo. Una posible solución al problema, si nuevos estudios sobre los riesgos a largo plazo de una nefrectomía confirmasen, como parece que exista actualmente, un riesgo, bajo, de daño a la salud o a la vida en caso de cesión de un órgano entre vivos,

34. Fabre 2006, 26 del cap. *Organ Sales*.

sería que los pobres, en sentido absoluto, sean excluidos de la cesión de órganos entre vivos, según un análisis del ministerio o agencia competente[35] sobre los ingresos y el patrimonio del potencial cedente.

Es evidente, por último, que el problema de lo que debería o no debería permitirse a personas que viven en un grave estado de indigencia da lugar a *dilemas trágicos*, en los cuales ambas soluciones posibles al dilema son igualmente inmorales o injustas. En primer lugar, algunos autores como Fabre señalan que los pobres en sentido absoluto pueden ya, independientemente de la legalización de incentivos a la cesión de órganos, correr riesgos medios o elevados para la vida y la salud, llevando adelante trabajos arriesgados, aunque bien remunerados, como volverse soldados involucrados en operaciones militares en el extranjero, personas que se ocupan del desminado de zonas minadas, o realizar deportes profesionales arriesgados como el boxeo. Entonces, por coherencia, debería también permitirse la cesión onerosa de órganos. En segundo lugar, parecería que negando a los pobres en sentido absoluto la posibilidad de acceder a los incentivos para la cesión de riñones se les daña *dos* veces, la primera vez porque el Estado no les ayuda con subsidios adecuados, la segunda impidiéndoles salir de la pobreza absoluta mediante el incentivo previsto por la cesión de un riñón por parte de un cedente vivo[36].

Y, sin embargo, este argumento va demasiado lejos[37], porque de lo contrario deberíamos permitir a personas indigentes que acepten trabajos que los expongan a medios, elevados o graves riesgos para la salud en empresas, por ejemplo, químicas, petroquímicas o establecimientos nucleares que no adopten determinados estándares de seguridad, o que acepten turnos de trabajo de catorce horas por día, o que acepten trabajos en ambientes poco salubres. Sin perjuicio, como ya dicho, de que el Estado tiene la obligación de tutelar algunos derechos fundamentales (como una retribución adecuada, una pensión de jubilación adecuada, un subsidio de desempleo involuntario adecuado, adecuados para llevar adelante una vida digna y para salir de la pobreza absoluta), creo que es preferible, si el Estado no tutelase los derechos mencionados, minimizar el riesgo para la salud y la vida de personas gravemente indigentes. Mientras que se puede suponer que una persona gravemente indigente puede razonablemente elegir entre un trabajo normalmente remunerado y poco riesgoso, obrero metalúrgico-mecánico, y un trabajo mucho mejor remunerado pero más riesgoso, como soldado en el extranjero o boxeador, y que tal persona indigente puede a menudo tener otras motivaciones personales, como el amor por el boxeo o el patriotismo, para volverse boxeador o soldado, me parece preferible evitar que una persona sea forzada por la pobreza a donar un riñón, con una posible disminución de la expectativa de vida.

35. NdT: En el original, «*Agenzia delle entrate*» (el ente público italiano competente principalmente sobre cuestiones relacionadas con impuestos y obligaciones fiscales). Ha sido traducido aquí con un término más genérico para abarcar sistemas donde no sea un ente similar el que posea esas competencias.
36. Fabre 2006, 27-29 del cap. *Organ Sales*.
37. NdT: La expresión original es «*prova troppo*», que implica que el argumento conduce a justificar conclusiones que no serían compartidas por quien aduce el argumento.

Si el Estado no tutelase los derechos fundamentales de los trabajadores, de los obreros, como el derecho al descanso, a vacaciones, a un ambiente de trabajo salubre, todos los pobres serían constreñidos a aceptar siempre trabajos peligrosos por la salud o la vida, no tendrían ninguna elección. Lo mismo pasaría con la cesión de órganos. Si fuese posible, todos los pobres (porque tienen un trabajo a tiempo parcial, o porque hay mucho desempleo, o porque el subsidio de desempleo no es suficiente, o porque tienen una familia con cuatro personas y un solo empleo) serían constreñidos a donar los órganos, un riñón, la mitad del hígado, un pulmón, con un riesgo importante por la salud y una disminución de la expectativa de vida. Los pobres se volverían *la reserva de órganos* del país. El desempleo o el subsidio insuficiente de desempleo son usualmente temporales; la cesión de órganos es permanente. Todos pueden donar un órgano, pero muy pocos pueden ser boxeadores, luchadores de lucha libre o *wrestling* profesional, o soldados en el extranjero (en Italia, en 2017, había 6500 soldados involucrados en operaciones militares en el extranjero). Ser luchador de lucha libre o soldado en el extranjero es algo que debe quererse mucho, que posee particulares requisitos físicos y psíquicos necesarios, que requiere muchos sacrificios y mucha formación, y que supone mucha voluntad y motivación personal; es algo que, normalmente, alguien elige.

¿Qué significa que Ticio, que sufre pobreza absoluta, estaría sufriendo, desde el punto de vista subjetivo, una presión coercitiva, mientras que, desde el punto de vista objetivo, si la nefrectomía no implicase un daño o riesgo serio, o incluso bajo, de un daño a la salud o a la vida, tal presión coercitiva no sería gravemente injusta? Depende de la concepción de la coerción que acepto, que es mixta, en parte subjetiva, en parte objetiva. Una concepción de la coerción (desde el punto de vista de la víctima), hemos visto, es una parte importante (en muchos casos) de una concepción de la *exploitation.*

Existen (al menos) dos concepciones de la coerción o de la constricción[38]. Donde por «coerción» o «constricción» hago referencia, como Wertheimer mismo, a un conjunto de «*coercion claims*», de expresiones («ejercer la coacción, la coerción, la fuerza, constreñir», desde el punto de vista activo o «ser forzado, ser obligado, actuar en estado de seria falta, de necesidad» desde el punto de vista pasivo) que tienen significados similares. Una concepción «subjetiva», «internalista» o «formal» de la coerción y una concepción objetiva, sustancial, también llamada «moralizada». Según la concepción subjetiva, la coerción nace de una cierta relación entre los deseos de un sujeto y las opciones a su disposición, opciones limitadas por fuerzas externas al individuo. En el momento en el cual, en cualquier sentido, las opciones disponibles son insuficientes para llevar a cabo los deseos que el sujeto considera importantes, podemos, desde el punto de vista subjetivo, hablar de «constricción». Usamos la concepción subjetiva cuando decimos que Ticio ha sido *constreñido* a vender su vieja motocicleta con el objetivo de comprar una nueva. En este caso, los aspectos relevantes son (a) el *sacrificio* relativo a la venta de la vieja motocicleta (por tanto la tristeza de haberlo hecho,

38. Cfr. Anderson 2006; Wertheimer 1987, 3 y ss. Wertheimer llama a la concepción formal «empírica o "avalutativa"». Para profundizar el argumento de la concepción mixta y su valor cfr. Maniaci, 2012, cap. I.

la tristeza de haber tenido que hacer esta elección); (b) el deseo intenso de tener dos motocicletas, la vieja y la nueva; (c) el hecho de que el deseo de comprar una nueva motocicleta sea considerado por Ticio como más importante que aquel de no vender la vieja; y (d) la ausencia de otras opciones que el individuo considera satisfactorias. Ticio, por ejemplo, también podría haber comprado la segunda motocicleta, sin vender la primera, comenzando a trabajar dieciocho horas por día o comiendo muy poco. Pero no son opciones que Ticio considere aceptables[39].

Ahora bien, una concepción del todo subjetiva de la coacción resulta muy problemática. Un síntoma de este problema (pero solo un *síntoma*) es que esta, a veces, no es compatible con el uso, en el lenguaje ordinario, del término «coerción». Cuando tomamos en consideración preferencias «extrañas», «anormales», según criterios compartidos por la mayoría de las personas en la comunidad de referencia, la concepción subjetiva entra en crisis. Imaginemos que Ticio se aburre mucho y que le gusta mucho la compañía de Cayo. Cayo, sacando provecho de la situación, amenaza a Ticio con no hablarle más si este no le entrega, cada mes, un quinto de su sueldo. Pocos, en las comunidades occidentales, calificarían a esta como una extorsión, y es un poco extraño afirmar que Ticio ha sido «constreñido» a entregar a Cayo un quinto de su sueldo. La razón es que podríamos describir la situación también de esta forma: Ticio prefiere (o ha elegido, decidido) dar a Cayo un quinto de su sueldo, en vez de perder su compañía. Ticio prefiere que se verifique el evento A (ceder un quinto del sueldo) en vez de que se verifique el evento B (perder la compañía de Cayo). En el lenguaje ordinario,

39. Es importante precisar que, en la literatura anglosajona, el término «*coercion*» (coerción, en castellano) no tiene un significado idéntico al castellano «constricción» y al italiano «*costrizione*». *Coercion,* de hecho, como en parte «coacción» en castellano y «*coazione*» en italiano, hace referencia a una interacción dinámica y estratégica entre dos agentes identificables, *coercer* y *coercee*, motivo por el cual se habla de «*coercive threat*» (amenaza) o «*coercive offer*» (oferta coercitiva). En italiano o castellano se dice «*esercitare la coazione*», «ejercer la coacción», sobre alguien. En cambio, tanto en castellano como en italiano, «constricción» o «*costrizione*» es usado también para hacer referencia a situaciones en las cuales las opciones del sujeto se encuentran limitadas, contra su voluntad, por fuerzas externas, en donde el sujeto no tiene (razonablemente) elección, fuerzas externas que, sin embargo, también podrían no ser personas identificables. Podría tratarse de una situación de grave necesidad, como «Ticio se vio constreñido a prostituirse» (en italiano, «*Tizio è stato costretto a prostituirsi*»); de una calamidad natural, como «Ticio se vio constreñido a dejar su casa» (en italiano, «*Tizio è stato costretto ad abbandonare la sua casa*»); de una situación de explotación económica por parte del sistema capitalista (explotación o *explotaition* de los trabajadores de la industria textil), en donde no es fácil identificar un único «*coercer*» o un grupo de «*coercers*». En castellano, como en italiano, se usa el significado de *coercion* cuando hacemos referencia a un sujeto que *constriñe* a otro a hacer alguna cosa. Si alguien se prostituye porque no tiene dinero para nutrirse o vestirse podría razonablemente no tener otra opción, pero no puede decirse que *alguien* lo constriña a prostituirse (o amenace con hacerle daño si no se prostituye). Para hacer referencia a otras formas de constricción, en inglés se usan expresiones diferentes, como «*necessity, force, duress, compulsion*». Por ejemplo, Nozick acepta una noción de coerción (*coercion* y *coercive threat*) muy restringida. En el caso en el cual Ticio ofrezca a Caya dinero a cambio de un servicio sexual, no puede decirse (según Nozick) que Caya se vea constreñida a prostituirse, incluso si Caya, por ejemplo, fuese gravemente adicta a la heroína y no tuviese razonablemente otra opción («*She had no choice*»). Cfr. Nozick 1999, 24. Soy consciente del debate que existe sobre las diferencias entre «coacción» y «coerción» en castellano; a los fines del presente ensayo, sin embargo, he decidido no tomar posición al respecto, y usar estos términos de modo intercambiable (como en el original italiano).

el concepto de coerción parece usualmente estar basado en lo que la mayoría de las personas considera como bienes fundamentales. En el sentido de que la amenaza creíble de la privación de tales bienes podrían constreñirla a realizar acciones que de otro modo no habría realizado.

Ahora bien, no habría, en realidad, nada de malo en alejarse de los usos consolidados de un término en el lenguaje ordinario, es decir, del significado que se ha estratificado en el tiempo. Sin embargo, estos ejemplos, como otros, parecen ser el síntoma de la inadecuación de una concepción íntegramente subjetiva. Cualquiera, de hecho, según esta concepción, podría considerarse *constreñido* a realizar muchísimas acciones[40]: el obrero X que se encuentra *forzado* a realizar su trabajo de ocho horas, porque desea fuertemente tener mucho tiempo libre para dedicarse a sus *hobbies*, Caya que no tiene el deseo de hacer el amor con Ticio, pero se encuentra *forzada* a hacer el amor con Ticio, porque prefiere hacer el amor con él en vez de perderlo para siempre, porque Ticio, novio de Caya, le ha comunicado la intención de dejar a Caya y la casa propiedad de Caya, en caso de que Caya, que tiene un trabajo, no desee más hacer el amor con Ticio.

Si la concepción formal de la coerción resulta inadecuada, necesitamos un elemento correctivo objetivo, sustancial (evaluativo). Lo que cuenta como «*suficiente* presión coercitiva» depende de cuáles derechos fundamentales atribuyamos a un individuo (por ejemplo, derecho a la casa, a un subsidio en caso de desempleo involuntario, a la salud, a la educación), concepción de los derechos fundamentales que a su vez se basa, desde mi punto de vista, en una concepción de la igualdad liberal. Una concepción de la igualdad liberal representa nuestro correctivo «objetivo». Se trata de un elemento correctivo *objetivo* no en el sentido del realismo ético o del objetivismo ético. Sino en el sentido de que tal concepción de la igualdad es elaborada y aplicada independientemente de los deseos y de las preferencias del individuo particular que se considera víctima de coerción. Según una cierta concepción de la igualdad liberal, es posible que el derecho a la salud sea considerado fundamental y sea atribuido, jurídica y moralmente, con independencia de la voluntad del individuo al que este derecho es atribuido, incluso en conflicto con su voluntad. Lo cual no significa que entonces el individuo deba necesariamente ejercerlo, por tanto que la atribución de la titularidad de tal derecho esté necesariamente en conflicto con una doctrina antipaternalista.

Y, sin embargo, también una concepción íntegramente objetiva, evaluativa, «moralizada» resulta, en algunos aspectos, problemática. Según una concepción íntegramente sustancial, existe «coerción» cuando Ticio amenaza a Cayo con realizar algo profundamente injusto, es decir cuando amenaza con vulnerar sus derechos. El problema de una concepción moralizada es que ya no podemos distinguir entre «actos coercitivos aceptables» y «actos coercitivos inaceptables»[41]. La diferencia entre un jefe mafioso que explícitamente me hace «una oferta que no puedo rechazar» y un agente del fisco

40. Para tal crítica, cfr. Anderson 2006, § 2.5. Cfr. También Lamond 1996, 223.
41. Sobre concepciones «moralizadas» de la coerción, cfr. Anderson 2006, § 2.3. Pues la réplica de Wertheimer a esta objeción es, para mí, incomprensible cfr. Maniaci 2012, cap. I.

que me amenaza con una ejecución forzada de los bienes de mi compañía, que me forzará a cerrarla, si no pago los impuestos que, según normas jurídicamente válidas y moralmente legítimas, debo efectivamente al Estado no es que en el primer caso (jefe mafioso) hay coerción ya que mis derechos son perjudicados, mientras que en el segundo caso (agente del fisco) *no existiría coerción*. La diferencia, por el contrario, es que en el primer caso el acto coercitivo es injusto, mientras que en el segundo caso *hay* «coerción», pero se la puede considerar moralmente justa, aceptable[42].

¿Es posible elaborar una concepción alternativa de la coerción, que evite los problemas de aquella subjetiva y de aquella objetiva, pero que preserve el núcleo de verdad de ambas? Creo que sí. En este sentido, adoptaré una concepción de la coacción *mixta*. Se trata, evidentemente, de una redefinición, o de una definición explicativa del término «coerción» o «constricción». Pensando, como ya mencionado, exclusivamente en la dimensión *pasiva* de la coerción, es decir en el punto de vista de quien sufre una forma de coerción (y no en el punto de vista de quien la ejerce), el que una cierta situación represente una «presión coercitiva» depende de una concepción *subjetiva* (independientemente por tanto de quien la ejerza, si individuos determinados o si el sistema en su conjunto). Sobre la base de una concepción subjetiva, podemos incluso identificar el «grado de presión coercitiva» sufrida por el individuo. Como ya dicho, según la concepción subjetiva, la coacción nace de una cierta relación entre los deseos de un sujeto agente y las opciones a su disposición, opciones limitadas por fuerzas externas al individuo. Por lo tanto, dentro de una concepción mixta de este tipo, no es posible que exista coerción si terceros amenazan a un determinado individuo con privarlo de algo que para él no representa un «bien», si no hay frustración de un deseo suyo importante. El requisito subjetivo representa un límite a la posibilidad de considerar determinadas situaciones como una forma de *coerción* en relación con un determinado individuo. También porque no es muy sensato amenazar a alguien con privarlo de algo que no representa para él un «bien».

En lo que respecta al requisito objetivo de esta concepción mixta, este permite determinar o explicitar, donde sea necesario, si la presión coercitiva es o no *suficiente* para excluir o atenuar el carácter voluntario de la realización por parte de la víctima de la acción relevante, por tanto si la presión coercitiva es moralmente *inaceptable*, como en el caso de Ticio (obrero poco especializado y pobre) que decide trabajar doce horas al día para asumir los costos relativos al trasplante de corazón del hijo, o si es, por el contrario, *aceptable,* y por tanto es *insuficiente* para viciar el consentimiento del individuo que afirma que se ha visto forzado a actuar, como en el caso de Ticio que enajena una parte de su cuerpo para comprar una segunda casa en la Toscana. Tal requisito objetivo, evaluativo, depende de una concepción de la justicia; en particular, en lo que me respecta, de una concepción de la igualdad liberal.

42. Esta objeción se puede encontrar en Anderson 2006, § 3.2.

## 6. BIBLIOGRAFÍA

Adamo, U., 2016: «Eutanasia e diritto costituzionale. Autorità V. Libertà?», *Giurisprudenza costituzionale*, 3, 1267

Alemany, M., 2005: «El concepto y la justificación del paternalismo», *Doxa*, 28: 265-303

Alemany, M., 2006: *El paternalismo jurídico.* Madrid, Iustel

Anderson, S., 2006: «Coercion», *Stanford Encyclopedia of Philosophy*

Arneson, R., 1992: «Exploitation», *Enciclopedia of Ethics*, ed. by Lawrence Becker, New York Garland

Atienza, M., 1988: «Discutamos sobre paternalismo», *Doxa*, 5: 203-214

*Balance de actividad de la Organización Nacional de Trasplantes*, 2016. http://www.ont.es/Documents/Presentaci%C3%B3nDatos2016-17.pdf; http://www.ont.es/informacion/Paginas/Trasplante.aspx.

*Balance de actividad de la Organización Nacional de Trasplantes* del 2017, http://www.ont.es/Documents/Datos20172018ENE11.pdf.

Becker, G.S., Elias, J.J., 2014: «Cash for Kidneys: The Case for a Market for Organs», *The Wall Street Journal*

Celano, B., 1994: *Dialettica della giustificazione pratica*, Torino, Giappichelli

Diciotti, E., 1986: «Paternalismo», *Materiali per una storia della cultura giuridica*, XVI, 2: 557-586

Diciotti, E., 2005: «Preferenze, autonomia e paternalismo», *Ragion pratica*, 24: 99-118

Dworkin, G., 1983: «Paternalism», in *Paternalism*, ed. by R. Sartorius, Minneapolis: University of Minnesota Press: 19-34

Dworkin, R., 2002: *Virtù sovrana*, Feltrinelli

Fabre C., 2006: *Whose Body is it Anyway?: Justice and the Integrity of the Person*, cap. *Organ Sales*, 1-41, Oxford Scholarship Online, (www.oxfordscholarship.com)

Feinberg, J., 1983: «Legal Paternalism», in *Paternalism*, ed. by R. Sartorius, Minneapolis, University of Minnesota Press: 3-18

Feinberg, J., 1984: *The Moral Limits of the Criminal Law. Harm to Others.* N.Y., Oxford University Press

Feinberg, J., 1985: *The Moral Limits of the Criminal Law. Offence to Others.* N.Y., Oxford University Press

Feinberg, J., 1986: *The Moral Limits of the Criminal Law. Harm to Self.* N.Y., Oxford University Press

Gardner, J., 1996: «Justifications and Reasons», in *Harm and Culpability*, eds. by A.P. Simester, A.T.H. Smith, Oxford, Oxford University Press: 103-129

Gardner, J., 2007: *Offences and Defences: Selected Essays in the Philosophy of Criminal Law*, Oxford, Oxford University Press

Garzón Valdés, E., 1988a: «¿Es éticamente justificable el paternalismo jurídico?», *Doxa*, 5: 155-173

Garzón Valdés, E., 1988b: «Sigamos discutiendo sobre el paternalismo», *Doxa*, 5: 215-219

Garzón Valdés, 2005: «I limiti del diritto a sbagliare. Multiculturalismo, paternalismo e tolleranza», *Ragion pratica*, 24: 81-98

Gert, B., Culver, C., 1976: «Paternalistic Behavior», *Philosophy and Public Affairs*, 6: 45-57

Ghods, A. J., 2010: «Living Kidney Donation: The Outcomes for Donors», *International Journal of Organ Transplantation Medicine*, vol. 10, 1, 2: 63-71

Goodin, R., 1988: «Reasons for Welfare: Economic, Sociological and Political – but Ultimately Moral», in D. Moon, *Responsibility, Rights and Welfare*, Boulder, Westview

*Journalist Workshop on Organ Donation and Transplantation – Recent Facts & Figures*, 26/11/2014, encargado y producido por la Comisión Europea, Brussels, https://ec.europa.eu/health/sites/health/files/blood_tissues_organs/docs/ev_20141126_factsfigures_en.pdf

Lamond, G., 1996: «Coercion, Threats and the Puzzle of Blackmail», in *Harm and Culpability*, eds. by A.P. Simester, A.T.H. Smith, Oxford: Oxford University Press: 215-238

Maniaci, G., 2012: *Contro il paternalismo giuridico*, Torino, Giappichelli

Matas, A.J. et al., 2012: «Incentives for Organ Donation: Proposed Standards for an Internationally Acceptable System», *American Journal of Transplantation*, 12

Mill, J.S., 1997: *Saggio sulla libertà* (1859), Milano, il Saggiatore

Murphy, J.G., 1994: «Women, Violence, and the Criminal Law», in J. Coleman, A. Buchanan (eds.), *In Harm's Way, Essays in Honor of Joel Feinberg*, N.Y., Cambridge University Press

Ngan, N.L., K.L., Lentine, A.S., Levey, B.L., Kasiske, A.X., Garg, 2015: «Long-Term Medical Risks to The Living Kidney Donor», *Nature Reviews-Nephrology*

Nozick, R., 1999: «Coercion», in R. Nozick, *Socratic Puzzles*, Cambridge (Mass.), Harvard University Press

Riviello A., G. Cangini, V. Cremonini, P. Todeschini, K. Mattarozzi, 2015: «Qualità di vita del paziente dializzato in attesa di trapianto renale», *Rivista L'Infermiere*, 5

Ruggeri A., 2011: «Dignità V. vita?», *Rivistaaic.it*, 1, 12

Sánchez, N., 2015: *Por qué España es líder mundial de trasplantes*, Bbc Mundo http://www.bbc.com/mundo/noticias/2015/05/150505_salud_espana_trasplantes_lb

Sandel, M. J., 2009: *Justice. What's the Right Thing To Do?*, Farrar, Straus and Giroux, NY

Sartorius, R., 1983: «Introduction», in *Paternalism*, ed. by R. Sartorius, Minneapolis: University of Minnesota Press: 1-3

Sommaggio, P., 2017: «Una schizofrenia ordinamentale. Sostenibilità etica degli incentivi alla disposizione di organi e tessuti umani», *Diritto e questioni Pubbliche*, 17

Ten, C.L., 1980: *Mill On Liberty*, Oxford, Clarendon Press

Tincani, P., 2009: «Harm Principle – Il Principio del danno», in *L'individuo nella crisi dei diritti*, a cura di F. Sciacca, Il Melangolo: 55-80

Vande Veer, D., 1986: *Paternalistic Intervention*, Princeton, Princeton University Press

Wertheimer, A., 1987: *Coercion,* Princeton, Princeton University Press

Wertheimer, A., 1996: *Exploitation*, Princeton, Princeton University Press

Zazzeroni L., Pasquinelli G., Nanni E., Cremonini V., Rubbi I., 2017: «Comparison of Quality of Life in Patients Undergoing Hemodialysis and Peritoneal Dialysis: A Systematic Review and Meta-Analysis», *Kidney Blood Pressure Research*, https://www.karger.com/Article/Pdf/484115.

Živčić-Ćosić S., Mirela Bušić, Željko Župan, Gordana Pelčić, Martina Anušić Juričić, Željka Jurčić, Mladen Ivanovski, Sanjin Rački, 2013: «Development of the Croatian Model of Organ Donation and Transplantation», *Croat. Med. J.*

https://www.20minutos.es/noticia/3232252/0/asturias-registro-49-5-donantes-organos-por-millon-personas-al-termino-2017/; http://www.ont.es/Documents/Datos20172018ENE11.pdf.

https://www.brocardi.it/codice-penale/libro-secondo/titolo-XII/capo-III/sezione-II/art609bis.html.
https://www.pazienti.it/news-di-salute/la-qualita-della-vita-di-un-paziente-in-dialisi-19102017.

Doxa. Cuadernos de Filosofía del Derecho, (2020), *43*
e-ISSN: 2386-4702 | ISSN: 0214-8676

# Justicia distributiva y costos de crianza: ¿pueden los progenitores trasladar a la sociedad algunos de los costos que generan sus hijos?

# Distributive Justice and Childrearing Costs: Could Parents Transfer to Society Some of the Costs Associated with Their Children?

María Valentina Huais

**Autora:**
María Valentina Huais
CIJS CONICET-UNC, Argentina
valentinahuais@gmail.com
https://orcid.org/0000-0002-2259-6138

**Recibido:** 17-12-2018
**Aceptado:** 11-7-2019

**Citar como:**
Huais, María Valentina, (2020). Justicia distributiva y costos de crianza: ¿pueden los progenitores trasladar a la sociedad algunos de los costos que generan sus hijos? Doxa. Cuadernos de Filosofía del Derecho, *43*, pp. 369-393. https://doi.org/10.14198/DOXA2020.43.14

**Licencia:**
Este trabajo se publica bajo una Licencia Creative Commons Atribución 4.0 Internacional.

© María Valentina Huais

**Resumen**

La justicia parental procura determinar si los costos que surgen tras el nacimiento de un niño deben ser internalizados en su totalidad por los progenitores o si, por el contrario, es posible que algunos de ellos sean socializados. La respuesta a este interrogante, permite evaluar si aquellas políticas públicas que implican trasladar algunos de estos costos a la sociedad se encuentran justificadas o no. Así, el presente trabajo pretende reconstruir y analizar los argumentos que se han desarrollado a favor y en contra de la socialización de los costos de crianza. Dentro de los primeros, se exponen los que parten de consideraciones propias de la justicia distributiva, como los que lo hacen de la noción de autonomía. Dentro de los segundos, se presenta el argumento que se enmarca en la igualdad de recursos de Dworkin. Finalmente, se ofrece un argumento adicional que procura ser un aporte al debate hasta ahora desarrollado.

**Palabras claves:** familia; niñez; costos de crianza; principio de equidad; autonomía; igualdad de recursos.

**Abstract**

Parental justice seeks to determinate if the costs of having and rearing children should be internalized entirely by parents or if, conversely, some of them could be socialized. The answer to this question could help to establish whether or not those public policies that actually involve the socialization of some these costs are justified. This paper aims to present and analyze some of the arguments for and against the socialization of childrearing costs. The former include arguments based on considerations of distributive justice, as well as on the idea of autonomy. The

latter embrace those arguments framed on Ronald Dworkin's equality of resources. Finally, it also offers an additional argument in order to contribute to ongoing debate on this issue.

**Keywords:** family; childhood; childrearing costs; principle of fairness; autonomy; equality of resources

## INTRODUCCIÓN

El nacimiento de un niño importa incurrir en ciertos costos tanto para satisfacer sus necesidades de cuidado como para asegurar que reciba, una vez alcanzada la edad adulta, aquello a lo que tiene derecho como individuo. Frente a esta situación, es factible preguntarse quién debe asumir estos costos ¿Deben hacerlos solo los progenitores? ¿Se encuentra justificada la socialización de todos o alguno de ellos? ¿Puede el Estado promover dicha socialización por medio de la implementación de ciertas políticas públicas? Estos interrogantes han dado lugar a una corriente dentro del ámbito de la justicia distributiva, llamada justicia parental. El problema que esta corriente pretende resolver es el referido a si los progenitores, en cuanto tales, se encuentran moralmente justificados para exigir que sus conciudadanos, incluso los que han decidido no ser padres, asuman algunos de los costos que se generan tras el nacimiento de sus hijos. En otras palabras, busca establecer si la socialización de estos costos se encuentra moralmente justificada y en qué medida (Bou-Habib y Olsaretti, 2013: 422-425; Olsaretti, 2013: 226-229).

Si bien es cierto que esta cuestión se ha intentado resolver desde otras perspectivas –por ejemplo, desde la igualdad de género o del resguardo del interés de los niños–, solo recientemente se ha buscado una respuesta desde el punto de vista de la justicia parental, es decir, teniendo en cuenta a los progenitores en cuento tales y a partir de consideraciones de justicia distributiva. En este sentido, la justicia parental se enmarca en una concepción de justicia más amplia y la respuesta que se brinde al problema que plantea dependerá de cuál de estas concepciones se parta. De este modo, abordar sus interrogantes supondría un aporte relevante al debate en materia de justicia distributiva, ya que permitiría determinar nuevas implicancias de asumir como justificada alguna u otra de las concepciones de justicia existentes.

Por otra parte, el problema planteado también tiene importancia práctica. La nueva perspectiva en materia de niñez ha transformado el rol que ocupan los niños dentro de la familia y, en particular, la relación con sus progenitores. En efecto, los niños han dejado de ser vistos como objeto de protección para pasar a ser entendidos como sujetos de derecho, autónomos y con intereses independientes a los de los adultos que ejercen su cuidado. El deber de observar el interés superior del niño, así como de fomentar el ejercicio progresivo de su autonomía, ha conllevado que la tarea de crianza se torne mucho más compleja y exigente.

Como consecuencia, el rol parental ya no se cumple únicamente mediante el ejercicio de la autoridad sobre los hijos y el solvento de sus necesidades básicas. Por el contrario, este rol trae consigo la obligación de llevar adelante todas aquellas tareas de

acompañamiento, contención y educación que permitan que los niños crezcan como individuos autónomos (Kemelmajer y otros, 2014: 14-24). Así, junto los deberes de crianza, vienen aparejados una serie de costos que cada vez son más elevados debido a las especiales exigencias que surgen del nuevo paradigma en materia de niñez. En este contexto, la pregunta sobre si los progenitores deben internalizar la totalidad de estos costos, o si es posible que algunos de ellos sean asumidos por la sociedad, adquiere especial importancia.

Dentro del liberalismo igualitario se ha intentado dar respuesta a este interrogante, existiendo argumentos tanto a favor como en contra de la posibilidad de trasladar al resto de la sociedad alguno de los costos de crianza. De acuerdo con ello, el propósito del presente trabajo es exponer algunos de estos argumentos y realizar comentarios en relación con ellos. Asimismo, se procura proponer, en términos generales, un argumento adicional que podría reforzar la postura que apoya la socialización de los costos de crianza. Todo ello con el objetivo de facilitar el acceso al estado de la discusión sobre el tema, así como realizar un aporte al avance en el estudio del mismo.

## 1. ARGUMENTOS A FAVOR DE LA SOCIALIZACIÓN DE LOS COSTOS DE LOS COSTOS DE CRIANZA

A continuación, se presentarán algunos de los argumentos que se han elaborado a favor de la posibilidad de trasladar a la sociedad ciertos costos de crianza. En primer lugar, se expondrán los argumentos que se basan en el principio de *fair play* desarrollado por Ralws. En segundo lugar, se analizará el argumento que funda la socialización de estos costos en el resguardo de la autonomía de los progenitores. Finalmente, se abordará el argumento que justifica dicha socialización en la existencia de un deber moral colectivo de procrear.

### 1.1. Desde el liberalismo igualitario de Rawls: las corrientes que recurren al principio de *fair play*

A partir de la versión ofrecida por Hart, Rawls desarrolla el principio de *fair play* como parte de los principios que deben regir la conducta de los individuos dentro de las instituciones sociales (Simmons, 1979: 307-312). En su concepción de justicia, el autor distingue dos órdenes de principios: los institucionales –que pueden ser internos o internacionales– y los que conciernen a las conductas de los individuos. En *Theory of Justice*, Rawls se concentra en los principios que regulan las instituciones internas y las relaciones individuales dentro de estas instituciones, siendo ambas clases seleccionadas en la posición original. En primer lugar, se escogen los principios institucionales que tienen por objeto la estructura social básica –los dos principios de justicia–, luego los aplicables a las conductas de los individuos dentro de las instituciones y, por último, las reglas de prioridad que ordenan cada categoría de principios. Este orden de selección no

es casual y es relevante a la hora de comprender el rol que el principio *fair play* ocupa en la concepción de Rawls (Rawls, 1999: 52-56, 93-98).

Con respecto a la relación entre los individuos, Rawls considera que pueden existir entre ellos tanto deberes naturales como obligaciones. Solo estas últimas pueden ser justificadas a partir del principio de *fair play*. En líneas generales, este principio estipula que cuando exista un esquema cooperativo donde, a fin de procurar beneficios mutuos, sus miembros restrinjan su libertad de acuerdo con las reglas de dicho esquema, quienes perciban estos beneficios están obligados a colaborar con los costos en términos justos. Lo que subyace al principio es la idea de que no es correcto percibir las ventajas comunes sin asumir una justa parte de los costos, porque esto comportaría aprovecharse gratuitamente del esfuerzo de los demás (Rawls, 1999: 94, 96-97).

Para que puedan nacer obligaciones en virtud del principio de *fair play*, es necesario que se den dos circunstancias. Como primera medida, la producción de los beneficios comunes debe darse en el contexto de un esquema cooperativo conformado con el fin de crear ventajas mutuas. El principio no se aplicaría, entonces, al caso de un individuo generando un beneficio aisladamente, aunque por alguna razón este termine extendiéndose a terceros. Este esquema además debe ser justo, lo que permite comprender la importancia de seleccionar, en la posición original, primero los principios que determinan la justicia de las instituciones y luego los que rigen las relaciones de los individuos dentro de ellas (Rawls, 1999: 95-96).

El segundo requisito es el de la voluntariedad, según el cual un individuo se encuentra obligado a colaborar siempre que haya aceptado voluntariamente los beneficios comunes o se haya aprovechado de alguna manera de ellos (Rawls, 1999: 96-97, 301). La noción de aceptación voluntaria del beneficio ha sido cuestionada por diversos autores[1]. Sin embargo, como se analizará posteriormente, en el ámbito de la justicia parental la principal crítica no se ha centrado en quienes aceptan el beneficio, sino en quienes lo crean.

### *1.1.1. El argumento de los bienes públicos*

El argumento de los bienes públicos es uno de los primeros que intenta justificar la socialización de algunos de los costos de crianza a partir del principio de *fair play* (England y Folbre, 1999: 194-207; Folbre, 1994: 86-90). Siguiendo a Olsaretti, el argumento puede presentarse de esta manera[2]:

1. Para un análisis de las críticas que se han presentado a la versión rawlsiana del principio ver: Simmons, 1979: 307-337.
2. Olsaretti ha diferenciado dos tipos de costos que se generan tras el nacimiento de los niños. Por una parte, los costos de cuidado representan la inversión de tiempo y dinero que realizan los padres para criar a sus hijos y asegurar que tengan cubiertas todas las necesidades fundamentales. Por otra, los costos derivados de la edad adulta son los que se deben realizar para que los niños adquieran aquello a lo que tienen derecho una vez alcanzada esta edad (Olsaretti, 2013: 229-230). En lo que sigue se utilizará el término costo de crianza para

I. Parents' having a rearing children creates benefits for others;
   I.a. these benefits are positive externalities and, more specifically, are public goods;
II. There is a plausible version of the fair play principle, such that under certain conditions producers of benefits have enforceable claims against those who receive the benefits;
III. The conditions specified by a plausible version of the fair play principle obtain in the case of parents' producing the benefits and nonparents' receiving them (Olsaretti, 2013: 239)[3].

El beneficio que según este argumento generan los padres al tener y criar a sus hijos radica en que los niños, una vez alcanzada la edad adulta, son quienes sostendrán las instituciones de la seguridad social de la que se beneficiará la generación actual en el futuro. Los padres, a través de su crianza, transforman a sus hijos en la próxima fuerza laboral y con ello importan un beneficio que será percibido tanto por los progenitores como por quienes han decidido no serlo (Olsaretti, 2013: 233-234).

El beneficio se caracteriza por ser una externalidad positiva, es decir, un efecto indirecto no contemplado por los progenitores a la hora de decidir tener a sus hijos. Esta ventaja además tiene la naturaleza de bien público, lo que significa que está caracterizada por ciertas notas particulares. Una de estas características, que parece incidir a favor de la socialización de los costos de crianza, es la imposibilidad de excluir de su consumo a quienes no han colaborado con los costos. Si los progenitores no tienen la oportunidad de evitar que quienes no son padres consuman los beneficios que nacen de su actividad, parecería justificado que puedan exigirles algún tipo de colaboración. Ello así porque, de lo contrario, quienes no son padres estarían aprovechándose gratuitamente del esfuerzo de los progenitores, vulnerando así el principio de *fair play* (Olsaretti, 2013: 248).

### *1.1.2. La crítica de Paula Casal y Andrew Williams al argumento de los bienes públicos*

Casal y Williams estiman que, aun cuando los progenitores generen una externalidad positiva a partir de la crianza de sus hijos, de ello no se sigue que tengan alguna exigencia respecto de quienes se benefician de esta externalidad. Según su interpretación del principio de *fair play*, las condiciones de procedencia del mismo no se darían en el caso de los padres generando beneficios y quienes no son padres percibiéndolos. Para los autores, una versión plausible del principio debe tener en cuenta no solo las circunstancias en que se recibe el beneficio, sino también en las que se produce. Solo los

referirse a ambos tipos de costos, utilizando los términos costos de cuidado y costos derivados de la edad adulta solo cuando sea necesario diferenciar ambas categorías.

3. I. Los padres, al tener y criar a sus hijos, crean beneficios para terceras personas; I.a. Estos beneficios son externalidades positivas y, más concretamente, bienes públicos; II. Existe una versión plausible del principio de *fair play* de acuerdo con la cual, bajo ciertas condiciones, quienes producen un beneficio tienen un reclamo legítimo frente a quienes los perciben; III. Las condiciones establecidas por la versión plausible del principio de *fair play* están presentes en el caso de los padres produciendo un beneficio y quienes no son padres percibiéndolos.

beneficios causados de forma costosa e intencional podrían hacer nacer una obligación de colaboración para quienes los perciben. El requisito del costo es entendido como un sacrificio que se asume para crear los beneficios comunes, mientras que la intencionalidad requiere que exista el propósito claro y directo de extender las ventajas a terceros (Casal y Williams, 1995: 106-107; Casal, 1999: 367-368; Olsaretti, 2013: 240-241).

La percepción voluntaria de beneficios que no tengan las anteriores características no debería dar lugar a obligaciones en los términos del principio de *fair play*. Conforme con los autores, esto es lo que sucede respecto del beneficio que crean los padres al tener y criar a sus hijos. En primer lugar, es poco probable que los progenitores vean a sus hijos como un sacrificio que deben asumir con el fin de originar ventajas comunes. Aunque es cierto que su crianza envuelve diversos costos, estos no son vistos como sacrificios que se deban afrontar para seguir sustentando el sistema de seguridad social. Por el contrario, son parte de una actividad que, en general, resulta gratificante para los progenitores. En segundo lugar, lo anterior permite suponer que tampoco estaría dado el requisito de la intencionalidad. Nuevamente, los progenitores no suelen tener hijos con el objetivo de que ellos se constituyan en la fuerza laboral que sostendrá a la generación actual en el futuro. La decisión de procrear suele responder a otras cuestiones que tienen que ver con los planes individuales de vida, mientras que la crianza que se les da a los niños suele tener en miras mejorar las perspectivas de vida de ellos y no la de los demás (Casal y Williams, 1995: 106-107; Casal, 1999: 367; Olsaretti, 2013: 240-241).

Por lo anterior, los autores concluyen que el contexto de procedencia del principio de *fair play* –un esquema cooperativo mutuamente ventajoso– no tiene lugar en el caso de los padres teniendo y criando a sus hijos. En efecto, el propio argumento de los bienes públicos admite que el beneficio común que reputan los niños es una externalidad, un resultado no buscado por los progenitores. De esta manera, los padres no deciden tener hijos como parte de una empresa mutuamente ventajosa, sino que lo hacen para cumplir sus proyectos personales, asumiendo a tal fin ciertos costos. Por ello, aun cuando los terceros –incluso quienes no son padres– perciban algunas de las externalidades positivas que surgen de su actividad, no tendrían derecho a exigirles colaboración en virtud del principio de *fair play* (Casal, 1999: 367, 373; Olsaretti, 2013: 240-241).

Olsaretti refuta estas críticas estableciendo que, aunque los requisitos de intencionalidad y costo son relevantes a la hora de determinar la aplicación del principio analizado, la interpretación que Casal y Williams realizan de ellos es muy exigente. Existe otro modo pertinente de interpretarlos que admitiría el caso de los progenitores. Comenzando con la idea de costo, la autora estima que el hecho de que los padres no vean a sus hijos como un sacrificio no significa que no deban asumir grandes costos para criarlos y que con ello terminen beneficiando a quienes no son padres. Para Olsaretti, el principio de *fair play* parece exigir que exista un costo en este sentido y no en el más demandante que le dan Casal y Williams (Olsaretti, 2013: 241-244).

En relación con la intencionalidad, Olsaretti señala que no es cierto que los progenitores no originen intencionalmente la situación que resulta beneficiosa para todos. El beneficio común radica en que los niños, debido a la crianza de los padres, terminan siendo

la fuerza laboral que sustenta las instituciones de la seguridad social. Los padres crían a sus hijos con la intención de que se constituyan en miembros económicamente activos de la sociedad y así es que generan de manera intencional la circunstancia que termina por crear ventajas comunes. Ello no cambia por el hecho de que esta intención surja de la motivación última de mejorar la perspectiva de vida de sus hijos y no la de los demás. Lo que interesa para el principio de *fair play* es la producción intencional de beneficios comunes y no los motivos últimos de los que se deriva dicha intención (Olsaretti, 2013: 245-248)[4].

### *1.1.3. El argumento de los bienes socializados: la alternativa de Serena Olsaretti*

Más allá del esfuerzo de Olsaretti por salvar al argumento de los bienes públicos de la crítica de Casal y Williams, la autora reconoce que este argumento tiene ciertas dificultades a la hora de justificar la socialización de los costos de crianza. Si se acepta la premisa I.a del argumento –es decir, que los progenitores generan externalidades positivas– sería aplicable la crítica de Casal y Williams sobre los requisitos de intencionalidad y costo. Si, por el contrario, se toman las observaciones que Olsaretti realiza a esta crítica y se asume que el requisito de intencionalidad está presente en el caso de los padres, entonces la premisa I.a. del argumento no podría ser cierta. Teniendo en cuenta esto, la autora niega que el beneficio que producen los padres sea una externalidad positiva y un bien público. A partir de esta crítica, desarrolla su propio argumento, al que denomina de los «bienes socializados» (Olsaretti, 2013: 248-258).

Para Olsaretti son las propias instituciones sociales las que intencionalmente redirigen algunos de los beneficios que suponen los niños hacia toda la comunidad, haciendo incurrir a los progenitores en ciertos costos adicionales para poder lograrlo. Dado que existe un sistema de seguridad social unificado, el beneficio común radica en que este se sustenta con el trabajo que los niños realizan una vez que han alcanzado la edad adulta y se han incorporado como miembros económicamente activos de la sociedad. Como institucionalmente se ha decidido elaborar un sistema de este tipo, es la sociedad la que deliberadamente extiende hacia todos los beneficios derivados de la crianza de los niños (Olsaretti, 2013: 250-254). El argumento de los bienes socializados es el siguiente:

i. In a society with a unified welfare system, parents' having and rearing children creates benefits, some of which are distributed to nonparents, at some cost to parents;
ii. On a plausible version of the fair play principle, those who are required to bear some costs in order to benefit others have enforceable claims against those others who receive the benefits;
iii. In a society with a unified welfare system, the conditions under which the principle of fairness specified in (ii) applies obtain in the case of parents' producing the benefits and nonparents' receiving them (Olsaretti, 2013: 253-254)[5].

4. Para otra respuesta a la crítica de Casal y Williams ver: Arneson, 2014: 16-24.
5. i. En una sociedad con un sistema de seguridad social unificado, los padres, al tener y criar a sus hijos, generan beneficios, alguno de los cuales son distribuidos hacia quienes han decidido no ser padres, con ciertos costos

Para defender su argumento, Olsaretti comienza explicando por qué los beneficios en cuestión no son ni externalidades positivas ni bienes púbicos. Para ello, reconoce tres características propias de este tipo de bienes, ninguna de las cuales estaría presente en el beneficio que conllevan los niños. Como se mencionó anteriormente, los bienes públicos se caracterizan por no poder excluir de su consumo a quienes no hayan colaborado con los costos. Como contrapartida, también es imposible o muy difícil evitar el consumo del bien para quienes no han contribuido a crearlo –son bienes de «goce inevitable»–. Finalmente, el uso de un bien público por una persona no disminuye la cantidad disponible para su utilización por parte de otra (Olsaretti, 2013: 248-249).

Si el beneficio que comportan los niños es el sostenimiento del sistema de seguridad social unificado, ninguna de estas tres características estaría dada. El consumo que una persona realiza de este bien –en este caso, quienes no son padres– sí impacta en la posibilidad de consumo por parte de los demás. Además, como se podría diseñar un sistema diferenciado de seguridad social con fondos distintos, es factible para los progenitores excluir a quienes no son padres del consumo del bien, así como para estos últimos evitar consumirlo. Con un sistema de este tipo, tanto los progenitores como quienes no lo son, se aprovecharían únicamente del fondo al que han aportado. Con esta explicación, Olsaretti no busca justificar la conformación de un sistema de seguridad social de esta clase, sino mostrar que los beneficios que reportan los padres lejos de ser bienes públicos son bienes socializados (Olsaretti, 2013: 249-253).

El argumento de Olsaretti parecería adecuarse mejor a los requerimientos del principio de *fair play.* Tal como están diseñadas las instituciones sociales se ha conformado un esquema cooperativo en torno a la paternidad que resulta mutuamente ventajoso, debiendo los progenitores afrontar ciertos costos para crear estas ventajas comunes. En este contexto, la percepción de los beneficios por parte de quienes no son padres generaría la obligación de colaborar con alguno de estos costos, a fin de no aprovecharse gratuitamente del esfuerzo común de los progenitores. Por esta razón, es que la autora afirma que su argumento es condicional: la socialización de los costos de crianza se encuentra justificada en la medida en que el diseño institucional redirija los beneficios que representan los niños hacia toda la sociedad (Olsaretti, 2013: 248, 252, 254-258)[6].

para los progenitores; ii. En una versión plausible del principio de *fair play*, aquellos que deben asumir ciertos costos para que otros obtengan beneficios tienen un reclamo legítimo frente a quienes perciben dichos beneficios; iii. En una sociedad con un sistema de seguridad social unificado, las condiciones bajo las cuales procede el principio de *fair play* especificado en (ii) se cumplen en el caso de los padres produciendo un beneficio y quienes no son padres percibiéndolo.

6. Olsaretti aclara expresamente que su argumento no parte de la idea de que los padres sean dueños de los beneficios generados mediante la crianza de sus hijos y que la sociedad deba compensarlos por haber tomado algo que formaba parte de su propiedad. En el argumento de Olsaretti, la socialización de los costos de crianza no es una compensación por un perjuicio ocasionado a los progenitores, sino que es una colaboración a fin de evitar el aprovechamiento gratuito de su esfuerzo, conforme con el modo en que las instituciones sociales tratan a los beneficios derivados de su actividad (Olsaretti, 2013: 252-253).

### 1.2. Desde el punto de vista de la autonomía: el argumento de Anne Alstott

En el argumento de Alstott el compromiso de la sociedad con la autonomía de sus miembros justifica tanto la regulación social del rol parental como la colaboración con los costos que se deben asumir para ejercer este rol. A continuación, se presentará la versión del argumento que se entiende que puede extraerse de su libro *No Exit. What Parents Owe their Children and What Society Owes Parents*:

I) La sociedad se encuentra comprometida con la autonomía de sus miembros, debiendo crear las instituciones necesarias para que todos puedan desarrollarla y ejercerla (Alstott, 2004: 35).
II) El cuidado continúo de los padres hacia sus hijos es una condición necesaria para que los niños puedan desarrollar su autonomía (Alstott, 2004, pp. 15-16; 18-20, 35-38)
III) La sociedad impone a los progenitores el deber de cuidado continuo a través de distintos mecanismos coercitivos, de manera que su cumplimiento no es optativo para ellos (Alstott, 2004: 37-38, 41-44, 49-50)
IV) Los progenitores incurren en grandes costos para cumplir con el deber de cuidado continuo, renunciando a otros planes de vida que creen valiosos, viendo así fuertemente restringida su propia autonomía (Alstott, 2004: 22-23, 50-54)
V) Como la sociedad tiene un compromiso con la autonomía de todos sus miembros, al mismo tiempo que obliga a los padres a cumplir con el deber de cuidado continuo, debe prestarles colaboración con alguno de los costos que se siguen del cumplimiento de este deber y que afectan su autonomía (Alstott, 2004: 54-55, 58-61).

En el argumento, la autonomía es entendida como la facultad que cada individuo tiene para diseñar su vida según su propia concepción del bien. Asimismo, implica tener la posibilidad de revisar estas concepciones y modificar los planes de vida para adecuarlos a ellas. Los niños, en cuanto son individuos, tienen derecho a desarrollar progresivamente su autonomía hasta alcanzarla plenamente y la sociedad debe asegurar que se den las condiciones necesarias para que esto suceda. El cuidado continuo representa una de estas condiciones, ya que propicia un entorno de contención adecuado para que los niños superen exitosamente cada una de las etapas de su crecimiento. Por ello, cuidar de manera permanente de los niños es un deber que surge del compromiso mismo de la sociedad con la autonomía de sus miembros (Alstott, 2004: 16-18, 35-38).

Los progenitores son identificados como los principales responsables de brindar cuidado continuo a sus hijos. Por tanto, la sociedad asegura que cumplan con este deber mediante distintos mecanismos coercitivos. En concreto, impone premios y penalidades según los progenitores cumplan o no con su deber. Los padres que cuidan de manera adecuada de sus hijos conservan un ámbito de reserva en lo que respecta a su educación y crianza. Por el contrario, los que no lo hacen son susceptibles de sufrir

diversas penalidades que podrían llegar hasta la privación de los derechos derivados de la responsabilidad parental. Por este motivo, Alstott define al deber de cuidado continuo como una *No Exit Obligation*: «In a society that aspires to autonomy for all citizens, parents should understand themselves as bound to their children: they have the obligation no to exit» (Alstott, 2004: 41-44, 47)[7].

Para la autora, la imposición del deber de cuidado continuo afecta una facultad característica de la autonomía de los progenitores: la posibilidad de revisar y modificar su plan de vida de acuerdo con las variaciones en sus concepciones del bien. Los padres se encuentran obligados a anteponer el interés de sus hijos al suyo propio, dejando de lado numerosas oportunidades personales, profesionales, educativas, etc. Esto comporta que, luego de tener a sus hijos, su plan de vida queda condicionado de manera permanente a la observancia de su deber de cuidado. En consecuencia, debido a la imposición coactiva del deber de cuidado continuo, los padres ven restringida la posibilidad de adecuar su plan de vida a otros proyectos personales que también consideran valiosos y a modificarlo toda vez que sea necesario (Alstott, 2004: 22-23, 49, 52-56).

Es importante tener en cuenta que Alstott no cree que la colaboración con los costos se deba a que el deber de cuidado continuo se encuentre injustificado. Por ser una condición necesaria para el ejercicio de la autonomía de los niños, es correcto que la sociedad haga cumplir este deber. Lo que procura mostrar es que ello no quita que su cumplimiento sea muy demandante para los padres en términos de su propia autonomía. Esta cuestión no puede dejar de ser contemplada, pues la sociedad ha asumido un compromiso con la autonomía de todos sus miembros, incluso la de los padres. Así, al mismo tiempo que resguarda la autonomía de los niños mediante la imposición del deber de cuidado continuo, debería resguardar la de los progenitores, brindado algún tipo de colaboración con los costos derivados de este deber (Alstott, 2004: 52-55, 58).

### 1.3. Desde el deber moral de procrear: la propuesta de Richard Arneson

Para Arneson, cuando el nacimiento de los niños tiene un impacto positivo, la socialización de los costos de crianza respondería al principio de *fair play.* Cuando, por el contrario, genera un perjuicio –mayores costos en lugar de beneficios– dicha socialización estaría justificada debido a la existencia de un deber moral colectivo de procrear. A continuación, se expondrá el argumento que ofrece el autor para este último caso (Arneson, 2014: 9).

Para desarrollar su argumento, imagina una sociedad donde la distribución inicial de los recursos se ha realizado a partir de la subasta hipotética prevista por Dworkin.

7. En una sociedad que aspira a lograr la autonomía de todos sus ciudadanos, los progenitores deberían considerarse a sí mismos como vinculados a sus hijos: tienen el deber de no renunciar.

Si luego de esta distribución inicial, alguno de los miembros de la sociedad decidiera tener hijos, sería plausible exigir que únicamente los padres asuman los costos derivados de su nacimiento. Los progenitores han recibido su porción inicial justa de recursos, han decidido invertirla en tener hijos y deberían internalizar los costos de esta elección voluntaria. Arneson cuestiona esta conclusión alegando que, quienes han decidido no tener hijos, tienen un deber de colaborar con los padres, aunque esta colaboración empeore su situación (Arneson, 2014: 12-13).

Para justificar su postura, sostiene que, cuando los progenitores deciden tener a sus hijos y asumen la responsabilidad de su crianza, están cumpliendo con un deber moral de procrear que recae de manera colectiva en todos los miembros de la sociedad. El cumplimiento de un deber colectivo hace nacer deberes individuales tanto para quienes han cumplido con este deber como para quienes no lo han hecho. Respecto de estos últimos, el deber individual es indirecto y se refleja en la colaboración con quienes han cumplido con el deber que recaía colectivamente en todos. En el caso de la procreación, quienes han decidido no ser padres tendrían entonces el deber individual de colaborar en alguna medida con la labor de los progenitores. Esta colaboración es debida aun cuando implique que, quienes tienen que brindarla, deban renunciar a una parte de los recursos que han recibido. Ello así porque los individuos son solo administradores provisorios de su porción inicial de recursos, la que se encuentra supeditada al cumplimiento del deber colectivo de procrear, sea directamente –teniendo y criando a los hijos– o indirectamente –brindando la colaboración pertinente a los padres– (Arneson, 2014: 13-16).

¿Cómo justifica Arneson la existencia de un deber moral colectivo de procrear? El autor no aborda en profundidad esta cuestión. Brevemente, afirma que, cuando las condiciones permiten que sigan naciendo individuos con perspectivas decentes de vida, no parece moralmente admisible que los individuos existentes dejen de procrear permitiendo que se extinga la especie humana (Arneson, 2014: 13). El argumento puede ser resumido como sigue:

I) Existe un deber moral de procrear que recae colectivamente en todos los miembros de la sociedad (Arneson, 2014: 9, 13).
II) Cuando algunos individuos cumplen con un deber moral colectivo nace para aquellos que no lo han cumplido un deber individual de colaborar con quienes sí lo han hecho (Arneson, 2014: 14)
III) En el caso de los padres cumpliendo con el deber moral colectivo de procrear, el deber individual que nace para quienes han decidido no ser padres es el de colaboración, aun cuando ello afecte la porción inicial de recursos que han recibido (Arneson, 2014: 13, 15-16).

## 2. ARGUMENTOS EN CONTRA DE LA SOCIALIZACIÓN DE LOS COSTOS DE CRIANZA: EL ARGUMENTO DE PAULA CASAL Y ANDREW WILLIAMS

En el presente epígrafe se expondrá uno de los principales argumentos en contra de la socialización de los costos de crianza. Este argumento parte de la concepción de igualdad de Dworkin. En concreto, toma la idea de que los individuos deben formar sus ambiciones con consciencia del costo que con ellas imponen a los demás.

En la concepción de igualdad de Dworkin la distribución de los recursos impersonales debe ser sensible a las elecciones de los individuos, pero insensible a sus circunstancias[8]. Para lograr este propósito, el autor recurre a dos mecanismos. Por un lado, la subasta hipotética, que establece el modo en que deben ser distribuidos los recursos impersonales. Por otro, el mercado hipotético de seguros, que busca compensar las desigualdades inmerecidas respecto de la posesión de recursos personales. Para el autor, este esquema distributivo no solo trataría a los individuos como iguales, sino que además los haría responsables por las consecuencias de sus propias elecciones (Dworkin, 1981: 311; Dworkin, 2002: 6-7, 322-325; Kymlicka, 1999: 75).

En la subasta hipotética, todos los recursos impersonales están disponibles para ser adquiridos y cada individuo cuenta con el mismo capital inicial. Este capital es invertido a fin de obtener la cantidad de recursos que se considera adecuada de acuerdo con las ambiciones de cada uno de los intervinientes. Como estas ambiciones difieren en cada caso, los recursos adquiridos por cada individuo no serán igual en cantidad, pero sí en valor, porque con ellos todos tendrán la oportunidad de perseguir sus respectivos planes de vida. Si la subasta funciona correctamente, la distribución debería pasar lo que Dworkin denomina el «test de la envidia». Una vez superado este test todos habrían recibido una porción equitativa de recursos y no desearían la de los demás (Dworkin, 1981: 283-287).

El principal inconveniente de la subasta hipotética son las desigualdades que tienen su origen en la posesión de recursos personales, especialmente en las desventajas derivadas de enfermedades o discapacidades. Para mitigar estas desigualdades, Dworkin complementa la subasta hipotética con el mercado hipotético de seguros. Aquí, los individuos saben que están expuestos a sufrir alguna desventaja en relación con sus recursos personales, pero no conocen exactamente si la sufrirán y en qué grado lo harán. En este contexto, podrán invertir parte de su capital inicial en contratar los seguros que estimen pertinentes en caso de que resulten tener alguna de estas desventajas (Dworkin, 1981: 296-297).

Para comprender adecuadamente la idea del mercado hipotético de seguro es necesario tener en mente la distinción que Dworkin hace entre suerte bruta y suerte

8. Dworkin diferencia entre los recursos impersonales y los personales. Los primeros se refieren a todos aquellos recursos que pueden ser adquiridos y transferidos, es decir, reasignados de una persona a otra. Los segundos, por su parte, se refieren a todas aquellas aptitudes propias de una persona que no pueden ser adquiridas –por ejemplo, la salud, los talentos, la fortaleza, etc.– (Dworkin, 2002: 322-323).

opcional. La suerte opcional, contrariamente a la suerte bruta, es la que se relaciona con casos de apuestas deliberadas donde el riesgo es previsible y evitable. Por ejemplo, sufrir una discapacidad sería un caso de suerte bruta, mientras que perder una apuesta sería uno de suerte opcional. El objetivo del mercado hipotético de seguros es ser un nexo entre ambos tipos de suerte. Aunque sufrir una discapacidad depende de la suerte bruta, elegir o no asegurarse frente a ese riesgo es un supuesto de suerte opcional. Si, como propone Dworkin, en el marcado hipotético de seguros todos tienen la misma oportunidad de cubrirse frente al riesgo de sufrir una desventaja, luego todos deben asumir el costo de las elecciones que hayan tomado en ese sentido. En este caso, las diferencias forman parte de la vida que cada uno ha elegido diseñar para sí mismo y al valor que le ha atribuido a la posibilidad de sufrir una desventaja imprevista (Dworkin, 1981: 292-293, 296-297).

La conjunción de la subasta hipotética con el mercado hipotético de seguros llevaría a una distribución justa y respetuosa de la igualdad de los individuos. Tanto la elección de los recursos como la compensación de las desigualdades derivadas de las circunstancias inmerecidas, responderían a la vida que cada uno procura diseñarse para sí mismo. Por otra parte, la concepción de Dworkin permitiría que cada individuo elija su plan de vida con consciencia del impacto que esta elección podría tener en los planes de los demás. Si los individuos conocen sus proyectos, así como los recursos disponibles para ser distribuidos, entonces podrán diseñarlos teniendo en cuenta de qué modo esto puede influir en los recursos remanentes para los otros (Dworkin, 1981: 288-289; Dworkin, 2002: 122).

A partir de este marco teórico, principalmente de la consciencia del costo que nuestras elecciones imponen a los demás, Casal y Williams afirman que los progenitores deberían internalizar los costos derivados de su decisión de tener hijos, sobre todo si se tiene en cuenta que esta decisión puede perjudicar especialmente al resto de la sociedad. Sin embargo, también aceptan que esta conclusión puede ser matizada en circunstancias no ideales, permitiéndose aquí algún grado de socialización. Para los autores, la elección de procrear tiene relevancia moral por sus efectos distributivos, es decir, por el modo en que puede repercutir en los recursos impersonales que los demás legítimamente han adquirido (Casal y Williams, 1995: 94, 97-98, 100, 104-108, 113).

De acuerdo con lo anterior, el nacimiento de nuevos individuos podría empeorar la situación de los demás de una forma muy significativa. Los niños, una vez alcanzada la edad adulta, tienen derecho a recibir su porción equitativa del valor de los recursos. Aun cuando este costo recayera únicamente en los progenitores, los demás todavía podrían ver menoscaba su justa parte. Ello así porque los padres no siempre podrán lograr que sus hijos reciban una porción de recursos equivalente a la de los demás, lo que evitaría que el test de la envidia se siga superando. En estos casos, todos podrían verse en la obligación de renunciar en algún grado a su justa parte a fin de que los niños puedan adquirir la que les corresponde. Por tanto, a fin de asegurar un trato igualitario con los niños, se permitiría que algunos individuos cumplan sus planes de vida a costa de los recursos de los demás (Casal y Williams, 1995: 98-99)

A la par de la situación expuesta, los autores reconocen otros modos en que los progenitores podrían perjudicar a los demás mediante su decisión de tener hijos. Estas circunstancias hacen que sea relevante que los individuos formen su ambición de procrear con consciencia de todos estos perjuicios y esto no sería posible si tuvieran la posibilidad de externalizar los costos de su decisión. Por esta razón, las instituciones deberían estar diseñadas de forma que los progenitores internalicen, al menos en alguna medida, los costos derivados de su elección de tener hijos (Casal y Williams, 1995: 108-110, 114).

La propuesta de Casal y Williams puede sintetizarse en tres puntos:

I) Bajo ciertas circunstancias, la ambición de procrear puede generar grandes costos, perjudicando la situación de los demás (Casal y Williams, 1995: 100, 108).
II) Los progenitores deben formar esta ambición con consciencia de estos costos (Casal y Williams, 1995: 97, 109).
III) Para lograr lo anterior, las instituciones sociales deben estar diseñadas para que los progenitores internalicen en algún grado los costos que conlleva su decisión (Casal y Williams, 1995: 97, 109).

Una de las críticas que podría hacerse al argumento es la que alega que, si las instituciones que socializan los costos de crianza afectan la igualdad, las que los internalizan en su totalidad lo hacen aún más. Si es injusto que las instituciones permitan que los progenitores creen externalidades negativas, más injusto es que se les exija internalizar la totalidad de los costos de su decisión. Esta mayor injusticia radicaría en que, tal como se expuso, muchos progenitores no podrían asegurar que sus hijos reciban una porción inicial de recursos equitativa y, por tanto, muchos niños terminarían recibiendo menos de lo que les corresponde (Casal y Williams, 1995: 112).

Casal y Williams sostienen que, aun cuando esta crítica sea cierta, esto no perjudica la validez de su argumento. Aunque para asegurar un trato justo con los niños sea necesario tolerar algún grado de socialización de los costos, esto no quiere decir que dicha socialización esté justificada conforme con el ideal de justicia que ellos asumen, que es el de la igualdad de recursos. Según este ideal, permitir que los progenitores produzcan externalidades negativas es injusto. Ello no cambia, aunque, en circunstancias no ideales, se deba tolerar la existencia de algunas de estas externalidades. Por ello, a la par de esta tolerancia, se debería crear un *ethos* que sea insensible a la indiferencia de los progenitores respecto del costo que su decisión impone al resto de la sociedad (Casal y Williams, 1995: 113-114).

Lo expuesto permite comprender por qué la conclusión a la que llegan los autores es más moderada que la propuesta con la que comienzan al principio de su trabajo. Cuando al comienzo establecen que los progenitores deberían asumir la totalidad de los costos de su actividad –por ejemplo, tasando la actividad procreacional– están pensando en lo que correspondería según el ideal de justicia del que parten. Por el contrario, cuando concluyen, más moderadamente, que los progenitores deberían internalizar

algunos de estos costos, están pensando en circunstancias no ideales, donde es posible tolerar algún grado de socialización (Casal y Williams, 1995: 94, 109, 112-113).

## 3. ALGUNAS CUESTIONES EN TORNO A LOS ARGUMENTOS PRESENTADOS: ¿ES POSIBLE JUSTIFICAR LA SOCIALIZACIÓN DE LOS COSTOS DE CRIANZA DESDE EL LIBERALISMO IGUALITARIO?

Un abordaje adecuado del problema planteado por la justicia parental supone llevar adelante una evaluación crítica de los argumentos aquí presentados. Aunque el objetivo principal del presente trabajo es la reconstrucción sistemática de estos argumentos, algunos comentarios no pueden dejar de ser mencionados. De este modo, a continuación, se expondrán algunos inconvenientes que presentan los argumentos que apoyan la socialización de los costos de crianza. Asimismo, con el propósito de fortalecer esta postura, se planteará, en línea generales, un argumento alternativo a favor de dicha socialización.

Los argumentos que justifican la socialización de los costos de crianza a partir del principio de *fair play* tienen como principal inconveniente el hecho de que limitan esta justificación al caso de los niños que reputan un beneficio para terceras personas. De esta manera, excluyen de su ámbito de aplicación el supuesto en el que la decisión de los padres perjudica la situación de los demás en lugar de mejorarla. Desde el punto de vista de los progenitores, esta exclusión parece razonable cuando la ausencia de beneficio se deriva de cuestiones por las que deberían ser responsables, pero no cuando es consecuencia de circunstancias no elegidas. Un ejemplo de este último caso es el de los niños que nacen con una discapacidad significativa que les impide incorporarse a la sociedad como adultos económicamente activos. Si se aplica a este supuesto el argumento de los bienes públicos o el de los bienes socializados, los progenitores de estos niños no podrían exigir que los demás colaboren con alguno de los costos derivados de su nacimiento y crianza[9].

Olsaretti intenta salvar esta observación resaltando que, tanto el argumento de los bienes públicos como el suyo propio, parten de la consideración colectiva de los progenitores. El hecho de que ciertos padres impongan un costo a la sociedad no afectaría a los argumentos porque lo que interesa es que, en términos generales, los progenitores sí causan un beneficio con su actividad (Olsaretti, 2013: 236-237). Aunque esta

9. La necesidad de compensar esta circunstancia inmerecida respecto del niño tiene que ver con cuestiones de justicia más generales que no se vinculan directamente con el problema plateado por la justicia parental. Sin embargo, desde el punto de vista de los progenitores, el supuesto sí tiene relevancia en este aspecto. Ello así porque, si luego de compensadas las circunstancias desventajosas del niño, los padres no pueden lograr que se constituya en un beneficio en los términos exigidos por los argumentos analizados, quedarían impedidos de solicitar alguna colaboración con los costos de su crianza. Es decir, aun cuando esta circunstancia sea compensada en relación con el niño, es probable que sus padres no puedan criarlos como miembros económicamente activos de la sociedad y, por tanto, no podrían solicitar ningún tipo de colaboración con los costos vinculados con su crianza.

aclaración podría solucionar la objeción, tampoco se encuentra exenta de problemas. Lo que sucede es que, aun tomados colectivamente, los progenitores podrían repercutir negativamente en la sociedad mediante su elección. En efecto, Casal y Williams remarcan que, en muchos casos, la decisión de procrear tiene, en términos generales, un impacto negativo en la posición de los demás (Casal y Williams, 1995:108; Casal, 1999: 372-374)[10].

Por lo expuesto, los argumentos basados en el *fair play* enfrentan un doble problema. Por un lado, si se toma únicamente la idea de los niños como un beneficio, se excluyen a aquellos padres cuyos hijos, por circunstancias inmerecidas, no resulten ser ventajosos para la sociedad. Aquí, como se mencionó, la exclusión no se encuentra justificada en la medida en que se funda en cuestiones no elegidas ni por los padres ni por el propio niño. Por otro lado, si se toma a los progenitores colectivamente a fin de evitar este inconveniente, ambos argumentos quedan expuestos a la crítica que muestra que, aunque tratados de este modo, los padres pueden crear consecuencias negativas con su decisión de procrear. De ser aplicable esta crítica, se negaría la posibilidad de socializar algunos de los costos de crianza no solo a ciertos padres en concreto –aquellos cuyos hijos no pueden incorporarse como miembros económicamente activos de la sociedad–, sino a todos ellos en general[11].

Si se procura justificar de manera adecuada la socialización de los costos de crianza, es necesario complementar los anteriores argumentos con otro que no parta de la idea de los niños como beneficio. Tanto el argumento basado en la autonomía como el fundado en el deber moral de procrear podrían cumplir con este propósito. Sin embargo, también es posible realizar algunas observaciones con respecto a ellos. Por una parte, el principal problema del argumento de Alstott es que el hecho de que los padres deban renunciar a otros planes de vida que estiman valiosos debido a su elección de tener hijos, no parece ser una restricción de su autonomía, sino una consecuencia razonable de su ejercicio. Este inconveniente es también identificado por Bou-Habib y Olsaretti en su análisis sobre la propuesta de Alstott[12]. Así, los autores señalan que:

10. Algunas de las consecuencias negativas pueden incluir la disminución de los recursos naturales disponibles, la contaminación, problemas de superpoblación, aumento del desempleo y del gasto público en educación o salud (Casal y Williams, 1995: 108).
11. Agradezco al evaluador anónimo que remarcó la importancia de estudiar estos argumentos desde la noción kantiana de tratar a las personas como fines y no como medios. Según como se la introduzca, esta idea podría repercutir en los argumentos analizados de distinta manera. Considerar a los niños como bienes públicos o socializados pareciera contradecir esta noción, afectando así una de las premisas en las que se fundan estos argumentos. Sin embargo, permitir que quienes no son padres se aprovechen del esfuerzo cooperativo de los progenitores sin poner su parte en justos términos también parece entrar en conflicto con ella, favoreciendo, en este caso, la idea general que los argumentos procuran defender. En consecuencia, es evidente la relevancia de evaluar estos argumentos desde esta perspectiva, pues permitiría introducir nuevas cuestiones a tratar si se procura justificar a partir de ellos la socialización de los costos de crianza. Por tanto, aunque llevar adelante esta evaluación de manera acabada escapa a los alcances del presente artículo, es necesario dejar señalada la cuestión a fin de ser abordada en posteriores trabajos.
12. Para ver las distintas interpretaciones que los autores realizan del argumento de Alstott, así como su propia versión del argumento basado en la autonomía, ver: Bou-Habib, P., Olsaretti, S., 2013: 420-438.

> If the loss of freedom results from pursuing the life plan that we value, then our autonomy does not seem to suffer for that; indeed, we can only pursue autonomous lives by forgoing some options that conflict with the life plan we favor (Bou-Habib y Olsaretti, 2013: 429)[13].

Por otra parte, el argumento de Arneson se funda en una premisa que es controvertida. Como fue expuesto, en su propuesta los individuos son administradores provisorios de su porción inicial de recursos. La porción recibida se encuentra supeditada al cumplimiento del deber moral colectivo de procrear, lo que justificaría que, en ciertos casos, quienes han decidido no ser padres asuman alguno de los costos derivados del nacimiento y crianza de los niños. No obstante, en su argumento no se justifica acabadamente la existencia de un deber de este tipo. Ello es problemático si se tiene en cuenta que, en ciertos casos, pareciera existir un deber contrario al alegado por el autor. Vallentyne, por ejemplo, ha indicado que, no solo no existe un deber moral de procrear, sino que además hay un deber de no hacerlo cuando el riesgo de que el niño nazca con perspectivas iniciales de vida negativa sea elevado (Steiner y Vallentyne, 2009: 67; Vallentyne, 2002: 8-11, 15-19).

Una posible alternativa a estos argumentos –que es la que aquí se procura dejar planteada– es construir un argumento a favor de la socialización de los costos de crianza desde la igualdad de recursos de Dworkin. Ello permitiría no solo complementar los argumentos que han sido expuestos, sino también demostrar que es posible justificar la socialización de estos costos desde la concepción de igualdad que Casal y Williams utilizan para negarla. En este sentido, la crítica que Cohen realiza a la igualdad de recursos –particularmente, la referida a los costos de las ambiciones como supuestos de mala suerte bruta– es un punto de partida plausible para elaborar un argumento de este tipo.

Como se adelantó al plantear el argumento de Casal y Williams, en la concepción de igualdad de Dworkin los individuos deben asumir la responsabilidad por sus elecciones, pero no por las circunstancias vinculadas con su suerte bruta. Esta idea tiene efectos distributivos en la medida en que la distribución debe ser sensible a esta distinción, siendo necesario mitigar las desigualdades que surgen de la diferencia en la asignación de recursos personales –que son una circunstancia no elegida–, pero no las derivadas de las elecciones –que reflejan la distinta personalidad de cada individuo–[14]. El problema que surge con esta diferenciación es que Dworkin asimila las elecciones

13. Si la pérdida de libertad resulta de perseguir los planes de vida que valoramos, entonces nuestra autonomía no se ve afectada por ello; en efecto, únicamente podemos llevar adelante vidas autónomas dejando de lado algunas opciones que entran en conflicto con el plan de vida que hemos elegido.

14. Dworkin parte del concepto de responsabilidad consecuencial, es decir, cuándo es correcto que un individuo asuma las consecuencias derivadas de su situación –sus desventajas, por ejemplo– y cuándo otros deben mitigar el impacto de estas consecuencias tomando parte de la responsabilidad. Lo que subyace al modo en que el autor realiza esta distinción son dos principios fundamentales. Por un lado, la idea de que la vida de todos los individuos es igualmente valiosa y, por tanto, todos deben tener la posibilidad de desarrollarla adecuadamente. Por otro, la noción de que cada uno debe ser responsable por el diseño y cumplimiento de su propio plan de vida. Para el autor, la observancia de estos dos principios supone que los individuos deban ser responsables por las consecuencias de sus elecciones voluntarias, pero no por las circunstancias derivadas de su suerte bruta (Dworkin, 2002: 286-287).

con las ambiciones y los recursos personales –capacidades, talentos, etc.– con las circunstancias. Sin embargo, esta asimilación no es del todo correcta, pues existen aspectos de las ambiciones que no son elegidos por quienes las tienen (Dworkin, 1981: 311; Dworkin, 2002: 286-287, 322-324).

En su crítica a la igualdad de recursos, Cohen presenta dos argumentos que procuran mostrar que existen aspectos de las ambiciones por las que el individuo no debería ser responsable. El primero se refiere al modo en que se forman las preferencias –si son elegidas y explotadas deliberadamente o no–, mientras que el segundo se relaciona con los costos vinculados con su cumplimiento. En este último caso, la mala suerte bruta recaería no en la preferencia en sí misma, sino en el costo de llevarla adelante. Aquí, el individuo no lamenta su preferencia –no cree que está peor situado por tener la preferencia que tiene en lugar de tener otra– sino el hecho de que, por cuestiones que no dependen de él, resulte ser costosa. Mientras que la preferencia en sí misma no es fruto de su suerte bruta, que cumplirla resulte caro sí lo es (Cohen, 1989: 908, 917-921; 925-927).

Respecto a esta última observación –que es la relevante para el argumento que aquí se pretende presentar–, la suerte bruta se encuentra vinculada con el modo en que los deseos y necesidades de los otros fijan el costo de las preferencias[15]. Como este costo es establecido por lo que los demás desean y necesitan, se trata de un aspecto que quien tiene la ambición no ha elegido ni puede controlar. Lo anterior implica que la distinta suerte que cada individuo pueda tener en relación con este aspecto va a determinar que algunos puedan llevar adelante sus preferencias, mientras que otros no. Por ello, alguien puede ser responsable por tener una preferencia concreta –por tener la personalidad que hace que prefiera algunas cosas sobre otras–, pero puede no serlo por el hecho de que aquello que prefiere sea caro (Cohen, 1989: 921-922, 932-933; Cohen, 2004: 11-12).

En respuesta a esta crítica, Dworkin replica que los deseos y necesidades de los demás no forman parte del tipo de suerte por el que un individuo podría eximirse de responsabilidad consecuencial. Estos extremos no son justos o injustos en sí mismos, sino que son parámetros de justicia: el contexto en el que se decide qué es justo que un individuo pueda tener o hacer. Dicho de otro modo, son parte de los criterios que se tienen en cuenta a la hora de identificar cuáles son las exigencias de la justicia. Para el autor, esto se ve reflejado claramente en el ámbito de la política, donde alguien no puede alegar que se lo trata injustamente porque solo unos pocos compartan su opinión sobre ciertos temas y por ello siempre se encuentra en la parte perdedora de cada votación (Dworkin, 2002: 298-299)[16].

15. Con costo se hace referencia a la cantidad de recursos impersonales que deben ser invertidos para poder llevar adelante la ambición.

16. Por una cuestión de extensión la discusión sobre este tema se presenta de manera muy sintética, limitándose a los aspectos relevantes para comprender la propuesta que será planteada. Para un estudio más profundo, ver: Cohen, G. A., 1989: 906-944; Cohen, G.A., 2004: 3-29; Dworkin, R., 2002: 285-299; Dworkin, R., 2004: 339-350.

Esta discusión es importante para el problema aquí abordado porque la paternidad es una preferencia que, efectivamente, es más costosa debido a los deseos y necesidades de los demás. Entre otras cuestiones, existen un interés en que los niños se incorporen como miembros productivos de la sociedad una vez alcanzada la edad adulta y los costos que se deben afrontar para que esto sea posible son cada vez más elevados. Así, es factible que muchos individuos no puedan llevar adelante esta ambición por un aspecto que no han elegido ni pueden controlar. Por tanto, si se muestra que los costos de las ambiciones pueden ser un supuesto de mala suerte bruta susceptible de ser incorporado al mercado hipotético de seguros, sería posible justificar un esquema distributivo que compense esta circunstancia a partir de los conceptos propios de la igualdad de recursos. En el caso de la ambición de tener hijos, un esquema distributivo que permita alguna colaboración con los costos de crianza.

Para poder cumplir con este propósito es necesario probar que, en la concepción de Dworkin, los deseos y necesidades de los demás –que son los que fijan el costo de las preferencias– pueden contar como parte de la suerte bruta de un individuo y que no son, como sostiene el autor, parámetros de justicia[17]. La respuesta a esta cuestión se encuentra en el modo en Dworkin trata el caso de los talentos y cómo las diferencias en las capacidades productivas pueden impactar en la igualdad. Aquí, en efecto, el autor considera a los deseos y necesidades de los demás como supuestos de suerte bruta y no como parámetros de justicia (Dworkin, 2002: 105-106). La circunstancia de tener un talento –o de no tenerlo– surge de las aptitudes con las que se nace en conjunción con lo que los demás desean y necesitan. Que una aptitud sea reconocida como un talento productivo –o no lo sea– depende de cómo es valorada por los otros de acuerdo con sus deseos y necesidades. Si la aptitud se corresponde con aquello que los demás valoran, entonces quien la posea habrá tenido la buena suerte bruta de tener un talento. Si la misma aptitud deja de ser valorada por los demás, ya no será talentoso y su suerte habrá cambiando, aun cuando su habilidad siga siendo la misma.

En consecuencia, nacer con una aptitud en particular no es en sí mismo algo de buena o mala suerte. Es cierto que las habilidades no son elegidas, y en este punto sí son un hecho fortuito, pero si ese hecho es de buena o mala suerte para quien las

17. El objetivo en este trabajo es presentar este argumento en términos generales, lo que comporta que existan ciertos extremos que se darán por sentado. Sin embargo, es necesario mencionarlos a fin de dejar planteadas las exigencias propias de un desarrollo completo del argumento. Antes de analizar si los costos de las ambiciones pueden ser entendidos como un caso de mala suerte bruta, así como el modo en que funcionaría el mercado hipotético de seguros en este supuesto, es necesario probar dos cuestiones. En primer lugar, por qué la propia concepción de igualdad de Cohen no es plausible para resolver su crítica sobre los costos de las ambiciones. Es decir, por qué esta crítica debe ser resuelta desde de la igualdad de recursos, en lugar de asumir la concepción de igualdad propuesta por el autor. En segundo lugar, una vez determinado lo anterior, se debe demostrar que la desigualdad que se puede generar en relación con los costos de las ambiciones puede ser medida en términos de recursos. Esto es, que el hecho de que un individuo no pueda llevar adelante su ambición por ser demasiado costosa implica para él una deficiencia de recursos que puede llevar a que el test de la envidia no sea superado. Lo anterior es necesario porque los recursos son el criterio de igualdad en el que Dworkin basa su concepción.

tiene va a depender también de los deseos y necesidades de los demás. De esta manera, desde el punto de vista de quien tiene la aptitud, estos extremos son parte de su suerte bruta, ya que se trata de un aspecto que no puede controlar y que define cuáles serán circunstancias. Ciertamente, Dworkin así lo entiende cuando justifica la procedencia del mercado hipotético de seguros para compensar a quienes no tienen talentos productivos,

> The argument from the hypothetical insurance market […] contrasts two worlds. In the first those who are relatively disadvantaged by tastes and ambitions of others, vis-à-vis their own talents to produce, are known in advance and bear the full consequences of that disadvantage. In the second the same pattern of relative disadvantage holds, but everyone has subjectively an equal antecedent chance of suffering it, and so everyone has an equal opportunity of mitigating the disadvantage by insuring against it (Dworkin, 2002: 106)[18].

Si las necesidades y los deseos de los demás cuentan para determinar la buena o la mala suerte bruta de una persona en relación con sus talentos, también pueden hacerlo en lo que respecta al costo de sus preferencias. Es verdad que en el caso de los talentos la aptitud con la que se nace no es elegida, mientras que las ambiciones sí lo son. Pero esta objeción sería procedente si se afirmara que la mala suerte bruta recae en la ambición en sí misma. Pero aquí la mala suerte no atañe a la ambición –que es elegida– sino a su costo, que es un aspecto que quien tiene la preferencia no puede controlar del mismo modo que no controla las aptitudes con las que nace.

Si el objetivo es que la distribución sea insensible a las circunstancias –lo que supone mitigar el impacto que en ella puede tener la suerte bruta– no parece justificado tomar como relevante los deseos y necesidades de los demás para calificar como de mala suerte bruta una aptitud no valorada y no tenerlas en cuenta cuando se trata del alto costo de una preferencia. Es en este punto donde Cohen entiende que la mala suerte de quien no posee un talento productivo es la misma a la de quien no puede llevar adelante su ambición por ser demasiado costosa. No parece justificado sostener que los deseos y necesidades de los demás cuentan en el primer caso, pero no en segundo (Cohen, 1989: 932-933). De tal forma, en la propia concepción de Dworkin, y por el modo en que trata a los talentos, los deseos y necesidades de los demás cuentan como un supuesto de suerte bruta y no solo como el contexto en el que se realiza la distribución.

De acuerdo con lo anterior, así como el mercado hipotético de seguros es aplicable para tratar la suerte bruta en la asignación de recursos personales –aptitudes con las que se nace en conjunción con el modo en que los demás las valoran de acuerdo con sus deseos y necesidades–, nada en su estructura impide que también pueda funcionar respecto de la suerte bruta vinculada a los costos de las preferencias –las ambiciones que se tienen en conjunción con el modo en que los demás fijan su costo a partir de sus

18. El argumento del mercado hipotético de seguros […] contrasta dos mundos. El primero aquellos que se encuentran relativamente desventajados por los gustos y ambiciones de los demás, frente a sus propios talentos para producir, son conocidos de antemano y asumen todas las consecuencias de su desventaja. En el segundo se da el mismo patrón de desventaja relativa, pero todos tienen subjetivamente la misma posibilidad de sufrirlas, y entonces todos tiene la misma oportunidad de mitigar la desventaja asegurándose frente a ella.

deseos y necesidades–. Por otra parte, permitir que los individuos puedan asegurarse frente a este tipo de suerte bruta es congruente con el propósito de que los individuos desarrollen sus ambiciones tomando en cuenta los recursos colectivos existentes y el costo de oportunidad que su propia preferencia impone a los demás (Dworkin, 2004: 341-342). Si los individuos pueden evaluar cuán importante son sus ambiciones al momento de adquirir su porción inicial de recursos, también pueden hacerlo en el mercado hipotético de seguros a la hora de decidir si están dispuestos a asegurarse frente a la imposibilidad de poder llevarlas adelante debido a su costo.

Asimismo, como los individuos invierten sus propios recursos en asegurarse frente al riesgo de no poder llevar adelante su ambición, se excluye la posibilidad de que algunos desarrollen sus ambiciones a costa de los recursos de los demás. Como fue presentado anteriormente, es sobre esta idea que Casal y Williams fundan su argumento en contra de la socialización de los costos de crianza. Los padres deben internalizar los costos de su ambición para llevarla adelante con consciencia del impacto que esto puede tener en los demás, principalmente, en los recursos que han adquirido. Sin embargo, en el argumento aquí propuesto, si los costos de la paternidad terminan siendo en parte socializados, es porque los individuos así lo han decidido en la situación hipotética propia del mercado de seguros. Cada uno invierte sus propios recursos hasta el límite que considera adecuado y, por ello, el esquema distributivo resultante no implica afectar los recursos de otros.

La situación hipotética en la que funcionaría el mercado de seguros respecto del costo de las preferencias es similar a la de los talentos. En este caso, los individuos deciden asegurarse en un contexto donde conocen sus capacidades, pero no saben cuál será su renta económica. Es decir, no saben si sus capacidades serán productivas o le permitirán conseguir un empleo. De este modo, no buscan asegurarse frente a la incertidumbre en la distribución de capacidades en sí mismas –ya están al tanto de cuáles son sus aptitudes–, sino frente a la incertidumbre sobre si estas serán productivas o no (Dworkin, 1984: 316, Dworkin, 2002: 94). Como el carácter productivo de la capacidad depende en parte de lo que los demás desean o necesitan, el seguro procura cubrir la mala suerte bruta que puede sufrir sobre ese aspecto.

La misma situación hipotética puede aplicarse al costo de las ambiciones porque, aquí también, la mala suerte está vinculada con las necesidades y deseos de los demás. Los individuos, entonces, se encuentran en una situación donde conocen cuáles podrían ser sus ambiciones, pero no están al tanto del costo que tendrán de acuerdo con lo que los demás deseen o necesiten. En estas condiciones, deciden si asegurarse o no frente a dicha incertidumbre, en proporción a la importancia que la preferencia tiene para su vida. Por ejemplo, los individuos saben que podrían querer ser padres, pero desconocen el costo que las necesidades y deseos de los demás asignarán a la paternidad. Frente a ello, reflexionan sobre la importancia que esa ambición tiene para su plan de vida y si están dispuestos a invertir parte de sus recursos en asegurarse ante este riesgo.

Tratar los costos de las ambiciones mediante el mercado hipotético de seguros permite fijar un límite a lo que puede ser compensado. Es el propio funcionamiento del mercado el que determina este límite, en la medida en que los individuos deben utilizar sus propios recursos iniciales en asegurarse frente a la incertidumbre. Como son sus recursos los que deben ser invertidos es factible entender que, al momento de reflexionar sobre esta cuestión, un individuo daría prioridad a ciertas preferencias por sobre otras. Teniendo esto en cuenta, es plausible presumir que, en la situación en la que funciona el mercado, la mayoría de los individuos decidiría asegurarse frente a la imposibilidad de concretar la ambición de tener hijos en lugar de hacerlo respecto de otras ambiciones que pueden ser costosas, como, por ejemplo, la fotografía o el consumo de bebidas caras[19].

Esta propuesta sigue respetando conceptos fundamentales de la concepción de Dworkin. En primer lugar, la distribución todavía sería insensible a las circunstancias y sensible a las elecciones. Esta distinción se funda en el propósito de que los individuos asuman la responsabilidad consecuencial por aquello que han elegido y no por su suerte bruta. De tal forma, al incorporar el costo de las ambiciones como un aspecto asegurable, se sigue cumpliendo con la distinción entre elecciones y circunstancias, solo que sin asimilar enteramente las ambiciones con aquellas. En segundo lugar, se adecúa a la noción de que la vida de todos los individuos es igualmente valiosa. Si ello es así no parece justo que algunos puedan llevar adelante las ambiciones con las que se identifican, mientras que otros deban abandonarlas, en los supuestos en que ello responda a factores que no han podido elegir. Finalmente, no implica promover algunas preferencias sobre otras. Son los individuos los que deciden, a partir de la consideración sobre lo que es bueno para su vida, cuáles son las preferencias que querrían asegurar e invierten sus propios recursos para hacerlo[20].

19. En una versión más refinada del argumento se debe mostrar cómo actuarían los individuos en la situación hipotética, justificando por qué darían prioridad a la paternidad frente a otras preferencias. Sin embargo, la idea que aquí se procura dejar planteada es que el propio funcionamiento del mercado hipotético establece un límite a las preferencias que los individuos estarían dispuestos a asegurar. Como el seguro pretende cubrir un riesgo que puede no materializarse, es factible suponer que, en general, nadie estaría dispuestos a invertir la totalidad de sus recursos a fin de asegurar la posibilidad de llevar adelante la totalidad de sus preferencias. El límite que tiene lugar en la situación hipotética se traduce también en un límite relativo a las políticas públicas que podrían diseñarse y justificarse a partir de este argumento.
20. Una observación que se podría hacer al argumento es que, en la concepción de Dworkin, el mercado hipotético de seguros solo tiene lugar respecto de circunstancias con las que el individuo no se siente identificado. Si el individuo se identifica con su circunstancia –aun cuando sea desventajosa– el mercado hipotético de seguros no procedería. Como generalmente los individuos se identifican con sus preferencias, entonces, no se sería posible ampliar el ámbito de aplicación del mercado hipotético de seguros para que ellas queden comprendidas en este. No obstante, en este supuesto, los individuos no se aseguran frente al hecho de tener una determinada preferencia –estas son elegidas y forman parte de su personalidad–. Por el contrario, lo hacen frente al riesgo de que ella resulte ser cara debido a un aspecto que no han elegido ni pueden controlar. De esta manera, aunque se identifiquen con su preferencia, pueden no identificarse con la circunstancia de que termine siendo costosa, haciendo procedente el funcionamiento del mercado hipotético de seguros en este caso.

Por último, se debe mencionar que existen otros argumentos que, de manera diferente, han intentado justificar la socialización de los costos de crianza desde la igualdad de recursos de Dworkin. Bou-Habib, por ejemplo, cree que ciertos subsidios parentales quedarían incluidos en el seguro que los individuos contratarían para cubrirse frente a la mala suerte bruta de nacer sin un talento productivo. La ausencia de este tipo de talento podría significar que muchos no cuenten con los medios suficientes para cubrir los costos derivados del nacimiento y crianza de los niños. Ello podría tener como consecuencia que estos individuos no puedan concretar este plan de vida o deban hacerlo enfrentado grandes sacrificios. Frente a ello, el autor concluye que el esquema establecido por Dworkin para tratar la mala suerte bruta relativa a la falta de talentos permitiría justificar ciertos subsidios parentales. Es decir, que el seguro que los individuos contratarían en la situación hipotética prevista por Dworkin para este supuesto, incluiría un subsidio parental (Bou-Habib, 2012: 204-205)[21].

Si bien ambos argumentos utilizan el mercado hipotético de seguros para justificar la socialización de los costos de crianza, son argumentos diferentes. Bou-Habib utiliza el mercado hipotético de seguros que Dworkin elabora para tratar las desigualdades en los talentos productivos, mostrando de qué modo ciertos subsidios parentales también serían elegidos en este contexto. Por el contrario, el argumento que aquí se ha ofrecido parte de una versión modificada del esquema de Dworkin, donde se amplía el ámbito de funcionamiento del mercado hipotético de seguros, permitiendo que los individuos se aseguren frente a la mala suerte bruta que pueden tener no solo respecto de sus talentos productivos, sino también en relación con el costo de sus ambiciones[22]. La relevancia de ambos argumentos en conjunto es que permiten mostrar que, aunque desde perspectivas diferentes, es posible justificar la socialización de los costos de crianza desde la igualdad de recursos, complementando con ello los demás argumentos a favor que aquí se han expuesto.

21. Concretamente, esta situación hipotética justificaría la implementación de un subsidio parental con las siguientes características. En primer lugar, el subsidio cubriría algunos –y no todos– de los costos derivados del nacimiento y crianza de los niños. Ello así porque, en la situación hipotética que se utiliza para justificarla, es plausible suponer que los individuos no contrarían un seguro que cubriese todos los costos vinculados con la paternidad, pues la prima a pagar –que en la realidad se traduciría en un impuesto progresivo– sería muy elevada. En segundo lugar, el monto destinado a los progenitores no sería constante, sino que variaría según sus ingresos –a menor ingresos, mayor sería el monto de la ayuda–. Finalmente, la política se sustentaría por medio de un impuesto progresivo sobre la renta. El autor entiende que, tanto quienes han decidido no ser padres como los progenitores, sostendrían una política de este tipo. Ello se explica porque, incluso quienes opten por no tener hijos, en la situación hipotética en la que funciona el mercado preferían que la opción de ser padres estuviese disponible por si alguna vez deciden elegirla. Para el autor, los individuos actuarían de este modo porque la preferencia de tener hijos es compleja y tiene una importancia potencial elevada. Por ello, salvo ciertos supuestos, pueden cambiar de opinión sobre esta preferencia a lo largo del tiempo y tienen un interés en que se encuentre disponible en caso de que así lo hagan (Bou-Habib, 2012: 207-211).
22. Esto conlleva que el tipo de suerte bruta frente a la que se aseguran los individuos es diferente en cada caso. En el argumento de Bou-Habib el riesgo se vincula con la distribución de talentos productivos, mientras que en el argumento aquí presentado se relaciona con el costo de las ambiciones según el modo en que es fijado por los deseos y necesidades de los demás.

## 4. CONCLUSIÓN

En el presente trabajo se procuró dar cuenta de algunas de las posturas existentes en relación con el problema planteado por la justicia parental. Por una parte, se diferenciaron tres enfoques desde los cuales se ha intentado justificar la socialización de los costos de crianza. En primer lugar, se explicaron aquellos argumentos que se enmarcan en la concepción de justicia de Rawls y, particularmente, en su versión del principio de *fair play*. En segundo lugar, se desarrolló el argumento que, cambiando de perspectiva, responde al problema a partir de la noción de autonomía. Finalmente, se expuso el argumento basado en la existencia de un deber moral de procrear, que incorpora un tercer punto de vista desde el cual es posible dar una respuesta positiva a la posibilidad de socializar algunos de los costos de crianza. Por otra parte, se analizaron las posturas que, desde la igualdad de recursos de Dworkin, se oponen a dicha socialización. Lo que subyace a este argumento es la idea de que los individuos deben diseñar sus ambiciones con consciencia del costo que con ella imponen a los demás.

Desde el punto de vista práctico, determinar si la socialización de ciertos costos de crianza se encuentra justificada permitiría esclarecer hasta qué punto el Estado puede promover la distribución de estos costos a través de políticas públicas de asistencia. Esto es relevante porque, en los Estados sociales de Derecho –como es el caso del español o el argentino–, ya existen numerosas políticas que se implementan con el fin de resguardar el interés de los niños y que importan socializar algunos de los costos de su crianza[23]. Si bien el objetivo del presente trabajo no ha sido evaluar concretamente estas medidas, los argumentos aquí presentados pueden significar un aporte relevante al debate en torno a su diseño e implementación. Principalmente, porque permiten valorarlas desde una nueva perspectiva, que se suma a las que ya se han sido utilizadas para establecer su justificación –por ejemplo, la igualdad de género o el resguardo del interés superior de los niños–. Con ello en mira, además de reconstruir de manera sistemática algunos de los argumentos que hasta el momento existen en el marco de la justicia parental, se plantearon ciertos inconvenientes que pueden afectarlos y se introdujo, en líneas generales, un argumento adicional que podría complementarlos.

## 5. BIBLIOGRAFÍA

Alstott, A., 2004: *No Exit. What Parents Owe their Children and What Society Owes Parents*, Londres: Oxford University Press.

Arneson, R., 2014: «What Do We Owe to Poor Families?» *Law, Ethics and Philosophy* 2: 7-31.

Bou-Habib, P., 2012: «Parental Subsidies: The argument from insurance». *Politics, Philosophy & Economics* 12 (2): 197-216.

23. A modo de ejemplo es posible mencionar las licencias por maternidad y paternidad, así como las políticas vinculadas con la educación.

Bou-Habib, P., Olsaretti, S., 2013: «Equality, Autonomy and the Price of Parenting». *Journal of Social Philosophy* 44 (4): 420-438.

Casal, P., Williams, A., 1995: «Rights, Equality and Precreation». *Analyse & kritik* 17: 93-116.

Casal, P., 1999: «Environmentalism, Precreation, and the Principle of Fairness». *Public Affairs Quarterly* 13 (4): 363-376.

Cohen, G. A., 1989: «On the Currency of Egalitarian Justice». *Ethics* 99 (4): 906-944.

Cohen, G. A.,2004: «Expensive Taste Rides Again». En J. Burley (ed.), *Dworkin and his Critics: with replies by Dworkin*, Oxford: Blackwell.

Dworkin, R., 1981: «What Is Equality? Part II: Equality of Resources», *Philosophy and Public Affairs* 10 (4): 283-345

Dworkin, R., 2002: *Soverign Virtue*, Cambridge: Harvard University Press.

England, P.; Folbre, N., 1999: «Who Should Pay for the Kids?». *The Annals of the American Academy of Political and Social Science* 563: 194-207.

Folbre, N., 1994: «Children as Public Goods». *American Economic Review* 84 (2): 86-90

Kemelmajer de Carlucci, A., Herrera M., Lloveras N. (dir.), 2014: *Tratado de Derecho de Familia según el Código Civil y Comercial de 2014*, T. I, Buenos Aires: Rubinzal-Culzoni Editores.

Kymlicka, W., 1990: *Contemporary Political Philosophy: An Introduction*, Londres: Oxford University Press.

Olsaretti, S., 2009: «Choice, Circumstance and the Cost of Children». En I. Carter, Matthew Kramer, Steve de Wijze (eds.), *Hillel Steiner and the Anatomy of Justice*, Londres: Routledge.

Olsaretti, S., 2013: «Children as Public Goods?» *Philosophy and Public Affairs* 41 (3): 226-258.

Rawls, J., 1999: *A Theory of Justice, Revised Edition*, Cambridge: Harvard University Press.

Simmons, J, 1979: «The Principle of Fair Play». *Philosophy & Public Affairs* 8 (4): 307-337.

Steiner H., Vallentyne, P., 2009: «Libertarian Theories of Intergenerational Justice». En A. Gosseries y L. H. Meyer (eds.), *Intergenerational Justice*, Londres: Oxford University Press.

Vallentyne, P., 2002: «Equality and the Duties of Procreators». En D. Archard y C. MacLeod (eds.), *Children and Political Theory*, Londres: Oxford University Press.

# NOTAS

Doxa. Cuadernos de Filosofía del Derecho, (2020), *43*
e-ISSN: 2386-4702 | ISSN: 0214-8676

# Estándares de suficiencia probatoria, moralidad política y costos de error: el núcleo inconsistente de la epistemología jurídica de Larry Laudan*

# Standards of Proof, Political Morality, and Cost of Error: The Inconsistent Core of Larry Laudan's Legal Epistemology

Diego Dei Vecchi

**Autor:**
Diego Dei Vecchi
Universitat de Girona, España
diego.deivecchi@udg.edu
https://orcid.org/0000-0002-1726-2651

**Recibido:** 11-4-2019
**Aceptado:** 10-2-2020

**Citar como:**
Dei Vecchi, Diego, (2020). Estándares de suficiencia probatoria, moralidad política y costos de error: el núcleo inconsistente de la epistemología jurídica de Larry Laudan. Doxa. Cuadernos de Filosofía del Derecho, *43*, pp. 397-426. https://doi.org/10.14198/DOXA2020.43.15

**Licencia:**
Este trabajo se publica bajo una Licencia Creative Commons Atribución 4.0 Internacional.

© Diego Dei Vecchi

**Resumen**

Este trabajo pone de manifiesto un bucle de inconsistencias entre tres aristas argumentales que Larry Laudan defiende a lo largo de sus reflexiones sobre la prueba en el contexto del proceso judicial. Por una parte, se reconstruyen los argumentos que Laudan aduce para mostrar que la fórmula *más allá de toda duda razonable* no constituye siquiera mínimamente un estándar genuino de prueba. Por la otra parte, se reconstruyen algunos de sus argumentos dirigidos a mostrar que esa fórmula produce una excesiva cantidad de falsos negativos. En tercer lugar, se pone de manifiesto su propuesta a efectos de sortear estos problemas. Se explicitará una inconsistencia entre las primeras dos aristas argumentales que Laudan desarrolla y se mostrará, además, que su propuesta se torna ilusoria, en gran medida, en virtud de sus propios argumentos en contra del *más allá de toda duda razonable*. Se sugerirá que la solución de estos problemas debe buscarse por otro camino.

**Palabras clave:** estándar de prueba; epistemología; absolución; error; Laudan.

**Abstract**

This article makes explicit a braid of inconsistencies rising from three argumentative lines that Larry Laudan defends along his thought regarding legal proof. First, Laudan's argument criticizing Beyond a Reasonable Doubt (BARD) formula as an extremally subjective criterion of proof is

* Una primera versión de este texto fue discutida en un seminario interno en la Cátedra de Cultura Jurídica de la UdG en octubre de 2018 y en Alicante en febrero de 2019. Agradezco a quienes participaron de esos seminarios por sus comentarios y sugerencias. Por sus lecturas y comentarios a distintas versiones de este texto agradezco a Edgar Aguilera García, Jorge Baquerizo, Hernán G. Bouvier, Lucila Fernández Alle, Mercedes Fernández López, Jordi Ferrer Beltrán, Daniel González Lagier, Diego Papayannis, Pablo Rapetti, Cármen Vázquez. Agradezco asimismo a dos dictaminadoras/es anónimos.

reconstructed. Second, the article underlines some of his arguments to claim that BARD produces a huge quantity of guilty defendant's acquittals. Third, Laudan's conception of genuine standards of proof is taken into consideration. After showing an apparent inconsistency between Laudan's first and second line of criticism, the paper shows that Laudan's proposal fails, in part given his own arguments against BARD. A different direction of solutions will be suggested.

**Keywords:** standard of proof; epistemology; acquittal; error; Laudan.

## 1. INTRODUCCIÓN

Decidir si una persona debe o no ir a la cárcel por haber cometido un delito (o bien si debe ser penada de alguna otra manera) presupone llevar a cabo una actividad tendiente a determinar si los hechos constitutivos de ese ilícito han ocurrido o no. En principio, se trata de una actividad idéntica a la que desarrolla un científico en relación con los eventos sobre los que indaga o la de un historiador frente a los advenimientos que lo intrigan, o la que emprende cualquier persona que pretenda elucidar acontecimientos concretos del pasado.

En los ordenamientos donde las condenas penales se materializan en decisiones motivadas esto es fácil de observar. Toda decisión judicial que condene por un delito contiene una premisa fáctica referente a la conducta humana constitutiva del mismo, al tiempo que suele exigirse una justificación específica relativa a esa premisa. Se trata de la justificación (externa) de la premisa menor o fáctica de la decisión judicial. Justificar una premisa tal consiste –al menos en parte– en *probarla*: mostrar que hay un acervo suficiente de razones epistémicas (pruebas) que la sustentan.[1] Mas, sea cual fuere el acervo probatorio con que se cuente en el ámbito de que se trate (en el judicial o en cualquier otro), lo cierto es que la proposición justificadamente aceptada podría todavía ser falsa. Esto se debe a que el conocimiento humano es irremediablemente falible: ninguna justificación excluye por completo *el error*.

Partiendo de premisas semejantes a estas, Larry Laudan viene desde hace ya casi dos décadas dedicando buena parte de su obra filosófica al análisis de estas cuestiones epistémicas en el marco proceso judicial, más precisamente, el penal. Un lugar central en sus reflexiones lo ocupan, precisamente, los *errores* a que las decisiones sobre prueba pueden conducir y, en especial, su frecuencia e impacto dañoso en la sociedad.

De entre los errores posibles, los que más preocupan a Laudan son los que llama *veredictos falsos*: todos aquellos cuya premisa fáctica, aun si justificada a la luz de los criterios jurídicos y epistémicos aplicables, no se condice con los eventos efectivamente acaecidos, sea porque se tiene por acreditado lo no ocurrido, sea porque se fracasa en la acreditación de lo que de veras ocurrió. Así, los que él denomina 'veredictos falsos'

1. Por cierto, en el proceso judicial hay restricciones específicas para la búsqueda de la verdad, pero podemos hacer abstracción aquí de esta circunstancia.

pueden ser de dos tipos: aquellos que absuelven a quien había cometido el delito por el que se lo juzgaba (falso negativo) y aquellos que condenan a quien no lo había cometido (falso positivo). En este trabajo me centraré exclusivamente en los veredictos falsos que sobrevienen a un juicio, i.e. los que secundan a la etapa final del proceso penal; aun cuando en la nomenclatura laudaniana este es tan solo uno de los tipos de veredicto falso que el proceso judicial debería tender a reducir.[2] Más concretamente, me centraré aquí en el tipo de error que Laudan etiqueta como *falsos negativos*, i.e. absoluciones (en juicio) que benefician a personas que habían cometido el delito que se les adjudicaba.

Evitar absolutamente la comisión errores, dada la irremediable falibilidad aludida, es incompatible con todo curso de acción y, por ende, con toda decisión sobre la culpabilidad o inocencia de las personas. Mas ninguna comunidad parece dispuesta a quedarse inerte ante la comisión de delitos. De hecho, eso también se considera un error.[3] En estas condiciones, siendo irreductible la posibilidad de incurrir en desaciertos, lo que entrará en juego es la evaluación de la gravedad de uno u otro yerro posible. En este sentido, suele decirse que las condenas a inocentes son moralmente más indeseables que las absoluciones a culpables.

Así las cosas, el contexto de decisión judicial queda configurado del siguiente modo: (i) es indispensable decidir si hay o no pruebas suficientes a efectos de condenar a la persona de que se trate por la comisión de un delito, (ii) la posibilidad de que esas constataciones sean falsas es inescapable, y (iii) posiblemente haya una asimetría valorativa respecto de los errores en juego.

A efectos de afrontar estas circunstancias, ciertas herramientas se tornan insoslayables, de entre las cuales los *estándares de prueba* ocupan un lugar crucial. Se trata de aquellos criterios que, fijando el umbral de suficiencia probatoria, por un lado, determinan cuándo los enunciados fácticos de que se trate son aceptables y, por el otro, al menos desde la óptica de Laudan, distribuyen los errores que así puedan cometerse. Idealmente, esa distribución habría de llevarse a cabo aumentando o disminuyendo las exigencias probatorias de un modo tal que refleje la evaluación subyacente relativa a los errores en juego.[4]

La fórmula *más allá de toda duda razonable* [en adelante BARD, por su sigla en inglés] ocupa un lugar neurálgico en la historia de los ordenamientos jurídicos como aquella llamada a desenvolver esta doble función. Si bien se trata de una fórmula de

2. Laudan, 2013b, § 3. Para él son también casos de error aquellos donde el culpable no es sometido a juicio, así como aquellos donde se llega a un acuerdo (*plea bargain*) que no se corresponde con los hechos acaecidos. Vale la pena destacar desde ya otra terminología común del autor: Laudan llama *culpables materiales* a quienes efectivamente han cometido el delito e *inocentes materiales* a quienes no lo han hecho. Paralelamente, a quienes se les prueba jurídicamente haber cometido el delito se los denomina *culpables probatorios* y a quienes no se les prueba haberlo hecho *inocentes probatorios*. Las categorías son independientes, de modo que un inocente material puede ser culpable probatorio (caso en el cual estaríamos ante un falso positivo) y, viceversa, el culpable material puede ser inocente probatorio (falso negativo). Véanse Laudan, 2013b: 37 y también Laudan, 2005.
3. Véase Forst, 2004: 22 ss.
4. Cfr. Ferrer Beltrán, 2018, nota 13.

origen anglosajón, lo cierto es que actualmente ha logrado una extendida receptación en numerosos ordenamientos, sea por vía legislativa, sea por vía jurisprudencial.

Laudan ha escrito numerosos textos argumentando que el BARD no constituye un estándar de prueba en absoluto y que debe ser abandonado. Ello se debe a numerosas razones de entre las cuales se destacan las dirigidas a mostrar que la fórmula produce una enorme cantidad de *falsos negativos*, es decir, sentencias de aquellas que Laudan denomina «absoluciones falsas». Esa cantidad, sostiene el autor, no solo excede escandalosamente la que él estima una *ratio* moralmente aceptable, sino que supera incluso la proporción para cuya realización (por hipótesis) se la ideó.

Este trabajo está dirigido a mostrar que las razones que Laudan invoca en favor de esta tesis deben ser rechazadas, así como también la propuesta supuestamente superadora que él esboza. En vistas a sustentar estas objeciones se empezará por explicitar sintéticamente cuáles son las condiciones que debe poseer un estándar de prueba para funcionar como tal (§1). Se mostrará luego, por qué el BARD no constituye, para Laudan, un auténtico estándar de prueba (§2). A continuación, se reconstruirán los argumentos que Laudan propone para cuantificar la tasa de falsos negativos y para achacarle al BARD todas o una buena parte de ellos (§3). Sobre estas bases se demostrará que (a) Laudan incurre en una serie de inconsistencias de diversa índole y que ni la contabilización de errores, ni el achaque de ellos al BARD poseen una justificación atendible (§4.1); (b) que su propuesta constructiva para la formulación de estándares de prueba parece estar destinada al fracaso (§4.2). Se sugerirán allí los caminos que una propuesta plausible habría de adoptar.

## 2. LA MORALIDAD POLÍTICA Y LA NECESIDAD DE ESTÁNDARES DE PRUEBA

Una de las asunciones típicas que puede encontrarse en los trabajos de Laudan es que, a mayor exigencia probatoria del estándar respecto de la hipótesis de la culpabilidad, menor será la probabilidad de condenar a alguien que no haya cometido el delito y, simétricamente, mayor será la probabilidad de absolver a quien sí lo haya hecho. En contraste, la reducción de la exigencia de los estándares de suficiencia tendría por consecuencia aumentar la probabilidad de condenas a inocentes, pero aumentando también la de condenas a culpables.[5] Así vistas las cosas, la distribución del error por medio de un estándar probatorio consiste en fijar un umbral de suficiencia que haga que los falsos positivos y los falsos negativos se produzcan en la práctica en un monto que se condiga con el juicio «de moralidad política» al que antes se hizo referencia. A mayor exigencia probatoria, mayor será el monto de errores que habrán de soportar

5. Estas asunciones, creo, son sumamente discutibles, pero no puedo detenerme en ello ahora. Algunos problemas al respecto, al menos, en Allen, 1977, Kaplow, 2011, Kaplow, 2012.

quienes persigan los fines persecutorios; a menor exigencia probatoria, mayor será el monto de errores a soportar por quienes sean acusados de haber cometido un delito.

En su estado actual, la epistemología proporciona, en el mejor de los casos, ciertos criterios para determinar cuál es la *mejor* de entre varias hipótesis concurrentes: un criterio comparativo, ordinal.[6] Pero ella no es la disciplina adecuada para determinar cuál es el estándar de suficiencia en virtud del cual *debemos* decidir y actuar. Esto se debe a que la epistemología, su «núcleo duro», tal como Laudan lo denomina, solo aporta herramientas para la reducción de errores globalmente considerados. Ella no distribuye las cargas sobre la base de una evaluación de la gravedad de los errores a los que la decisión sobre los hechos podría conducir en cada contexto de decisión.[7]

En contraste, en todo contexto en que se deba decidir si un enunciado fáctico está o no probado y actuar sobre la base de esa determinación, la fijación del criterio de suficiencia probatoria requerirá de una evaluación moral o política comprometida, no neutral, respecto de los potenciales resultados de la acción. Se habrá ingresado entonces, dice Laudan, en el «núcleo blando» de la epistemología. En este sentido, la selección de un estándar de prueba cualquiera a los fines de decidir si la proposición *p* está probada y, sobre la base de ello, adoptar el curso de acción φ, es función de un juicio de carácter evaluativo, político y/o moral. Se trata de un juicio de conformidad con el cual se establece que ese umbral de prueba es moral o políticamente adecuado para la toma de decisiones de que se trate y para la asunción de responsabilidad por las consecuencias que de φ podrían seguirse, si fuera el caso que *p* es falsa.

Como sostiene Laudan, la «decisión colectiva» en vigor indica una clara preferencia en favor de las absoluciones a culpables por sobre las condenas inocentes a las cuales se considera más graves e indeseables. Por cierto, una de sus grandes preocupaciones es que no hay indicio alguno sobre *cuán superior* es esa preferencia. ¿Cuántas absoluciones a culpables está la sociedad realmente dispuesta a tolerar por cada condena a un inocente? ¿cuántas sería razonable tolerar?[8]

Sea como fuere, mucha gente sostiene además que, dado que las decisiones morales o políticas deben adoptarse democráticamente y dado que la distribución de riesgos de error es una decisión de ese tipo, los estándares de prueba deben estar tipificados legislativamente con anterioridad a la adopción de cualquier decisión judicial acerca de la suficiencia probatoria. Ello así en virtud de que el órgano auténticamente democrático es el parlamento o legislatura siendo, por tanto, el único legitimado para fijar

6. Sobre los criterios que hacen mejor o peor a un argumento sobre enunciados fácticos González Lagier, 2003, González Lagier, 2013. Véanse también Harman, 1965, Pardo & Allen, 2008, Tuzet, 2006, Bayón Mohino, 2009.
7. Laudan, 2011c: 59.
8. Laudan, 2013b: 105 y ss. Las respuestas que aquí se den dependen en gran medida de la meta-ética asumida. Laudan piensa que es posible medir la gravedad de los errores de uno u otro tipo y, en virtud de esa mensuración, establecer una *ratio* objetivamente 'justa'. Él llega a la conclusión de que, en efecto, las condenas a inocentes son más graves que las absoluciones a culpables, pero la *ratio* es muy inferior a la usualmente asumida. Véase Laudan, 2016, capítulo 4, Laudan, 2011d.

estándares de prueba. A más de ello, contar con estándares de prueba legislados sería también un requisito propio del estado de derecho.[9]

Si estas tesis se asumen contemporáneamente junto con la presuposición de que el sistema de valoración en vigor es (y debe ser) el de la 'prueba libre' o de 'sana crítica racional', esto es, si se asume la 'concepción racionalista de la prueba', se siguen tres consecuencias respecto de todo estándar probatorio jurídico-procesal:

i) deberá distribuir el error preocupándose mayormente por los falsos positivos y produciendo idealmente en los hechos exactamente la *ratio* de error esperada;
ii) deberá estar legislativamente fijado antes de su aplicación y
iii) deberá estar formulado en términos exclusivamente *epistémicos* de modo que su aplicación responda solo a ese tipo de criterios.[10]

Esto último es consecuencia de una circunstancia que, creo, pasa desapercibida a gran cantidad de juristas y filósofos o que, al menos, no es suficientemente enfatizada, a saber: la interdependencia entre sistema de valoración de la prueba y estándar de suficiencia. En este sentido, si el sistema de valoración es el que determina qué tipo de factores han de tomarse como los determinantes para la aceptación de ciertos enunciados fácticos *qua* verdaderos, entonces el estándar de suficiencia deberá estar formulado de un modo tal que *actualice* el sistema de valoración en cuestión, dotándolo de eficacia. Si el estándar fijase el límite de suficiencia acudiendo a factores distintos respecto de aquellos que el sistema de valoración considera pertinentes, pues entonces el sistema de valoración habría sido lisa y llanamente dejado de lado.

Por todo lo dicho, en lo que aquí importa, para que un estándar de prueba esté en condiciones de satisfacer esas exigencias a la vez deberían darse ciertas condiciones a su respecto. En primer lugar, debe ser producto de una decisión previa, en abstracto, acerca de la distribución moralmente deseada del error. En segundo lugar, el límite de suficiencia y, por tanto, la *ratio* deseada de distribución de error, deben poder ser identificados objetivamente. En tercer lugar, la satisfacción de sus condiciones de aplicación, i.e. el haberse alcanzado el límite de suficiencia, debe también poder determinarse objetivamente. Por último, la fijación de ese límite de suficiencia debe remitir pura y exclusivamente a criterios *epistémicos*.[11] ¿Cumple el BARD con estas exigencias? ¿podría hacerlo?

9. Véanse, Ferrer Beltrán, 2013, Stein, 2005, Nance, 2016: 28.
10. Ferrer Beltrán, 2018 dice que el estándar debe «[a]pelar a criterios relativos a la capacidad justificativa del acervo probatorio…».
11. Véanse Laudan, 2013b: 120-133, Ferrer Beltrán, 2007: 146, Ferrer Beltrán, 2018, Bayón Mohino, 2009.

## 3. MÁS ALLÁ DE TODA DUDA RAZONABLE: UN ESTÁNDAR ILUSORIO

En el año 2003 Larry Laudan publicó un ensayo dirigiendo una fuerte crítica a la fórmula BARD,[12] muchas de cuyas conclusiones están presentes en el capítulo segundo de la obra publicada tres años más tarde.[13] En sendos trabajos Laudan arguye, con buenos argumentos, que la del BARD es una fórmula vacua tanto en términos de cuantificación epistémica de la suficiencia probatoria cuanto (consecuentemente) en términos de *ratio* expresiva y realizativa de un concreto juicio moral distributivo del error.[14] Esto es así, en particular, por el subjetivismo incontrolable al que conduce.

Ante todo, si bien se han invocado múltiples juicios de moralidad política distributivos del error vinculados con el BARD, es usual alegar a la *ratio* Blackstone como la que subyace a esa fórmula. Aunque tampoco se sabe muy bien qué es lo que esa *ratio* exige, dice Laudan, en general se entiende que ella juzga que una condena a un inocente equivale en gravedad a diez absoluciones a culpables. De por sí, esto se le presenta al autor como extremadamente arbitrario, pero en lo que aquí importa, la cuestión está más bien en que el BARD no logra siquiera reflejar esa distribución en los hechos.[15] Esto así, en general, por lo incontrolable de la aplicación de la fórmula a los casos concretos.

Laudan inicia su ataque contra el BARD proporcionando al lector un repertorio de las traducciones interpretativas a que ha sido históricamente sometida la fórmula en la jurisprudencia estadounidense.[16] Lo que esto muestra es que, por empezar, la fórmula es (tratada como) radicalmente ambigua,[17] sin que haya ninguna razón para pensar que estos plurales significados que le han sido atribuidos sean exhaustivos. En este orden de ideas, pareciera que ante la pluralidad de alternativas que la fórmula pone en manos de los intérpretes, la elección que se haga termina por ser eminentemente discrecional si no arbitraria. Esto implica de por sí un primer matiz de subjetivismo en el uso de la fórmula BARD consistente en la elección de la traducción más adecuada a juicio del intérprete.

Naturalmente, este es un problema de carácter general en relación con la interpretación jurídica. Si tiene asidero señalarlo aquí es no solo porque es una de las indeterminaciones del BARD que Laudan subraya, sino además porque en virtud de este primer matiz de subjetivismo se llega a otro, ulterior. En efecto, aunque alguna interpretación de la fórmula podría transformarla en un auténtico estándar *de prueba*, acaso como una interpretación correctora, el modo en que se ha ido interpretando la frase ha tendido a reducirla a la exigencia de un cierto estado subjetivo de quien debe decidir: por ejemplo, «BARD ha de ser entendido como equivalente a 'convicción

12. Laudan, 2003, citado de Laudan, 2011a.
13. Laudan, 2006, citado de Laudan, 2013b.
14. Véanse Laudan, 2011b, Laudan, 2013a.
15. Una objeción adicional al modo de formular la *ratio* en Laudan, 2013b, cap. III §3.
16. Véase especialmente Laudan, 2011a. También, Haack, 2014a: 17-18, Haack, 2014b: 52-56. En los Estados Unidos, la 'constitucionalización' de la fórmula se remonta a *In re Winship*, 397 U.S. 358 (1970): un «acto creativo de interpretación» (cfr. Laudan, 2011a: 127, Laudan, 2013b: 66, Laudan, 2016: 105-107).
17. Véase Forst, 2004: 57.

perdurable'», o cosas por el estilo. De acuerdo con la tesis de la interrelación entre sistema de valoración y estándar de prueba, claro está, esto termina por consagrar un sistema de íntima convicción.

Si se las analiza en profundidad, esto es lo que sucede con prácticamente todas las interpretaciones del BARD que Laudan trae a colación. Una de ellas resulta de todos modos particularmente relevante: la que traduce BARD en cierto *grado de (alta) probabilidad*. Se trata de una interpretación, dice Laudan, que recibe más aceptación entre juristas y público general que entre jueces.[18] Pero ella se torna crucial para nuestros fines por dos razones: (a) se trata de una interpretación que, a juicio de Laudan, conduce a 'subjetivismo incontrolable' sobre la suficiencia probatoria; (b) es la hipótesis de trabajo 'heurística' en que él mismo funda toda una línea (semi)independiente de investigación, a saber: la que intenta esclarecer cuál es de hecho la *ratio* de falsos positivos y falsos negativos que en los hechos se producen dentro del ordenamiento jurídico estadounidense, donde el BARD está en vigor. Dejemos, de cualquier modo, el punto (b) para más adelante (§3).

Aunque no es ciertamente el único modo de entender al término «probabilidad», Laudan da por hecho que él refiere a un «grado numérico de seguridad», a la intensidad de la creencia o confianza de quien juzga sobre los hechos.[19] Así entendida, la probabilidad es la mensuración del estado subjetivo de convicción, donde la cúspide, el 100%, la ocupa la *certeza* absoluta.[20]

En su trabajo seminal sobre el BARD Laudan no se adentra mayormente en la subjetividad a que esta interpretación conduce. Él se limita a conjeturar que la falta de simpatía de la judicatura con esta interpretación se debe seguramente a que una traducción probabilística de la fórmula resultaría deslegitimadora del sistema. Pues si se explicitase que la suficiencia probatoria se obtiene con un grado de seguridad menor a la certeza, ello implicaría una confesión de que el sistema legitima necesariamente en ocasiones la condena de inocentes.[21] Aunque no podría ser de otro modo, parece que la hipocresía aconseja guardar las apariencias de infalibilidad.

Su convicción de que la interpretación probabilística obliga a claudicar ante la subjetividad se deja ver más claramente unos años más tarde en la obra de Laudan. Mientras él analiza la posibilidad de recurrir a la cuantificación probabilística a fines de establecer un estándar de prueba genuino, objetivo (sea el BARD o cualquier otro), él sostiene que ello debe ser rechazado, precisamente en virtud de que, en caso contrario, el estándar «sufrirá del mismo problema de subjetividad que (…) demostró estar dentro de las principales deficiencias del estándar BARD».[22]

Dos son las razones que Laudan ofrece para descartar la técnica probabilística de formulación de estándares de prueba. La primera de ellas apunta a las dificultades que implica graduar probabilísticamente nuestras creencias en contextos como el del proceso

18. Laudan, 2011a: 150, Laudan, 2013b: 79.
19. Laudan, 2011a: 150-151, Laudan, 2013b: 79-80.
20. Véase de Finetti, 1993: 215.
21. En el mismo sentido Nesson, 1985.
22. Laudan, 2013b: 121.

judicial. Así, a diferencia de lo que podría suceder, por ejemplo, respecto de la creencia de que una moneda arrojada al aire caerá del lado de la *cruz*, en contextos como el que nos ocupa un cálculo tal parece imposible.[23] Formular estándares de ese modo implica exigir a la gente embarcarse en una operación que, dice, «ni yo ni ningún otro miembro del jurado podríamos llevar a cabo con algún grado de fiabilidad».[24]

La segunda de las razones es mucho más terminante y, por ello, más relevante a nuestros fines, pues conduce a la conclusión de que cualquier estándar formulado en términos probabilísticos constituye «… una parodia de un sistema de prueba… el derecho procesal penal hace que el EdP sea parasitario del nivel de confianza que el investigador o juzgador de los hechos (en este caso, el jurado) tenga en la culpabilidad del acusado. De modo que, para el derecho, tenemos una prueba de la culpabilidad del acusado cuando los miembros del jurado se sienten fuertemente persuadidos de ello (o cuando asignen a la hipótesis de la culpabilidad una probabilidad mayor a x, en el caso de un estándar probabilístico). Sin importar cómo hayan llegado a tener ese alto nivel de confianza, está probado. Esto pone las cosas precisamente del revés».[25]

Así las cosas, toda vez que un pretendido estándar esté formulado en estos términos, ya no se tratará de un auténtico criterio de suficiencia *probatoria* sino de un recurso a un estado mental, interno, subjetivo, acaso a lo que sienten quienes juzgan.

> El sistema no ofrece al jurado ningún estándar de prueba neutral u objetivo. En lugar de ello, se le comunica a los miembros del jurado que la intensidad de su confianza subjetiva en la culpabilidad del acusado determina si condena o absuelve. Para empeorar las cosas, el sistema no establece controles sobre cómo el jurado llega a ese nivel subjetivo de confianza. Al contrario, se les da rienda suelta para evaluar las pruebas como les plazca, con tal de que al final, si deciden condenar, afirmen que se encuentran genuinamente persuadidos de que el acusado cometió el delito que se le imputa.[26]

Esta es la situación histórica y actual del BARD: es y ha sido en sí mismo y en cada una de sus traducciones un *pseudo* estándar, una parodia, un pretexto detrás del cual se despliegan acaso las más radicales arbitrariedades de quienes lo aplican. Al reconducirse al sistema de íntima convicción, el BARD y cualquier formulación probabilística del estándar de prueba implicarían que quien juzga puede adquirir su convicción «con la prueba de autos, fuera de la prueba de autos y aun contra la prueba de autos».[27]

En suma: según las enseñanzas de Laudan, el BARD, como fórmula a interpretar, deja abierta a la subjetividad del intérprete una pluralidad de traducciones posibles.

23. Laudan, 2013b: 122.
24. . En la misma orientación, aunque con implicancias claramente distintas, decía más recientemente que «[h]ay muchas investigaciones empíricas que indican que los ciudadanos ordinario no poseen una comprensión sólida de cómo calibrar sus grados de confianza cuantitativamente» (Laudan, 2016: 108). Traducción propia.
25. Laudan, 2013b: 126. También Laudan, 2011c: 70. Algunas críticas a la interpretación subjetiva de la probabilidad y la eventual aplicabilidad del teorema de Bayes en Cohen, 1998: 80-82, Garbolino, 1997: 93-98, Pardo, 2013: 111, Cohen, 1998: 19-20, Ferrer Beltrán, 2007: 118-120.
26. Laudan, 2013b: 126.
27. Couture, 1958: 273.

Por su parte, de esas traducciones, al menos las hasta ahora ensayadas y usualmente empleadas, dejan librada a la subjetividad del intérprete la decisión acerca de si un enunciado fáctico está o no suficientemente probado, con independencia de si hay o no pruebas genuinas y de cuántas de ellas haya. Esto es lo que ocurre, especialmente, con cualquier formulación de un estándar en términos probabilísticos.

«Mientras que las definiciones de BARD no se enfoquen principalmente en lo robustas que han de ser las pruebas y permanezcan obsesionadas exclusivamente con la intensidad de las creencias de los miembros del jurado, BARD seguirá estando a merced de la devastadora crítica de que confunde la fuerza o intensidad de una creencia (que puede ser totalmente irracional) con que la creencia en cuestión esté *justificada*».[28]

## 4. MÁS ALLÁ DE TODA DUDA RAZONABLE: UN ESTÁNDAR EXCESIVAMENTE SEVERO

Frente a todo esto, una de las preocupaciones persistentes de Laudan a lo largo de sus años de incursión en el mundo del derecho es la ausencia de evidencia empírica acerca de la *ratio* de error a la que el método de decisión probatorio judicial (en general guiado por la noción de BARD) conduce en los hechos. Ningún procedimiento de decisión serio, sostiene Laudan, puede desentenderse del margen de confiabilidad que reporta y de cuán frecuentemente lleva a *error*.[29]

No obstante, frente a esta desconcertante y trágica ausencia de datos empíricos, frente a esta falta de seriedad de la cultura jurídica en general, Laudan se las ingenia para espabilar a la ciudadanía haciendo explícita la para él aberrante *ratio* de error que el sistema, de hecho, produce: una enorme cantidad de absoluciones a culpables ante un número aparentemente tolerable de condenas a inocentes. Además, avanza frente a esas constataciones proponiendo una serie de reformas tendientes a dotar al método jurídico de, al menos, un mínimo de esa seriedad extraviada.

En un primer momento Laudan recurre a ciertos datos empíricos presentes en la obra de Kalven y Zeisel (en adelante K-Z) para alegar que el BARD genera una buena cantidad de veredictos *inválidos*. En su obra, son veredictos inválidos –en lo concerniente al razonamiento probatorio– todos aquellos en que (i) el juzgador otorgue a alguno de los elementos de prueba mayor o menor peso del que «genuinamente le correspondería» o (b) malinterprete el grado de severidad del estándar de prueba que deba aplicar.[30] Naturalmente, un veredicto puede ser válido (i.e. estar justificado a la luz del criterio de suficiencia epistémica) y resultar, todavía, falso.

Pues bien, en el trabajo de K-Z se dice haber recabado la opinión de una pluralidad de jueces preguntándoles qué creían ellos respecto de las absoluciones que, en los juicios en que tuvieron participación, los jurados habían resuelto: según las respuestas, los

28. Laudan, 2013b: 101-102.
29. Laudan, 2016: xii-xiii.
30. Laudan, 2013b: 38.

jurados habrían actuado erróneamente en el 20 por 100 de las ocasiones al considerar insuficientes las pruebas con que contaban.[31] Frente a esto, Laudan sugería que «[a]unque, en efecto, la anterior constituye solo evidencia anecdótica, sugiere (si los jueces están en lo correcto) el impresionante dato de que se produce un veredicto inválido en una de cada cinco absoluciones».[32]

Es decir, las opiniones de los jueces respecto de la suficiencia probatoria BARD que los jurados pasaron por alto sugiere que (de estar en lo correcto los primeros) estos últimos *aplican mal* el estándar de prueba vigente: i.e. el BARD.

Más recientemente,[33] Laudan ha intentado dar un paso más decisivo hacia la elucidación del monto de estos errores, que son los que más parecen inquietarlo: los veredictos *falsos* (aun si válidos). Hasta ahora había dicho que la frecuencia de falsos negativos permanecía desconocida «… o casi desconocida, dado que se pueden llevar a cabo algunas conjeturas plausibles».[34]

Sus 'plausibles conjeturas' se explicitarían un tiempo luego, ahora sí, en vistas a estimar la frecuencia de «absoluciones falsas» –no ya solo las inválidas– en el sistema penal estadounidense. Para ello, Laudan toma como base empírica de análisis una serie de estadísticas que circunscribe a todos los casos de *crímenes violentos* cometidos en los Estados Unidos durante el año 2008.[35] Como antes se dijo, aun cuando su análisis tiene un alcance mucho mayor, en este trabajo me circunscribo a la determinación que Laudan hace de la *ratio* de falsos negativos producto de absoluciones falsas decididas exclusivamente en juicio. Por cierto, en mi opinión, la locución «absolución falsa» es desdeñable de por sí, pues las absoluciones no son verdaderas o falsas, sino que están justificadas o no lo están. Esa etiqueta podría conducir a la equivocada conclusión de que una absolución está injustificada toda vez que la persona absuelta haya cometido el delito por el que se la juzgó, pero ello no tiene por qué ser así. De hecho, el único caso en que un veredicto tal habría de considerarse *no justificado* es cuando se absuelve *habiendo prueba suficiente* respecto de la autoría y dándose además todas las restantes condiciones legales para condenar. Por cierto, puede ponerse en discusión si las condiciones jurídicas frente a las cuales está justificado absolver culpables son moralmente adecuadas. Pero incluso desde este último punto de vista es posible decir que el mejor

31. Según la reconstrucción de Laudan, 2013b: 112.
32. Laudan, 2013b: 112-113.
33. Véanse, en esta orientación, Laudan, 2011d, Laudan, 2013a, Laudan, 2016. Véanse también Allen & Laudan, 2008, Laudan & Allen, 2010, Allen & Laudan, 2011.
34. Laudan, 2011d: 203. Traducción propia. Véase también Laudan, 2013b: 112.
35. Véase Laudan, 2016: x, 5, 48, y notas 104-109. Entre los estudios de campo que Laudan cita, los que aquí resultan más determinantes son: Bureau of Justice Statistics (BJS), *Felony Defendants in Large Urban Counties, 2009* (https://www.bjs.gov/content/pub/pdf/fdluc09.pdf); BJS (2009), *Criminal Victimization, 2008* (https://www.bjs.gov/content/pub/pdf/cv08.pdf). Creo que podrían hacerse varias consideraciones acerca de cómo Laudan obtiene los montos que se citarán a continuación. Por empezar, hubiera sido más adecuado que haga explícitas sus ecuaciones. En este trabajo, de todos modos, me limitaré a dar por hecho que los números a que Laudan llega son ajustados.

curso de acción a adoptar ante ciertas circunstancias es absolver a la persona acusada, aún cuando pueda haber cometido el delito.

Sea como fuere, hecha esta salvedad, conviene centrarse en la cuantificación de las decisiones que aquí nos ocupan: los falsos negativos resultantes de juicios (estén o no jurídicamente justificados). A estos efectos, Laudan toma como punto de partida una asunción de «conventional wisdom» según la cual la mayor parte de quienes son absueltos en juicio son materialmente culpables. Esta 'sabiduría popular' no sería, de todos modos, mero prejuicio; por el contrario, ella tendría fundamento 'racional', en la medida en que «estos acusados no hubieran siquiera sido llevados a juicio a menos que *el fiscal creyese* que tenía un caso robusto para persuadir a los jurados de que aquellos eran culpables más allá de toda duda razonable».[36] Pues, aunque este argumento carece de toda evidencia empírica –continúa Laudan– posee plausibilidad *prima facie* en la medida en que: «[a]un si el fiscal sobreestima en ocasiones la fortaleza de su caso contra el acusado, parece razonable suponer que la mayor parte de los acusados absueltos en juicio tienen una apariencia de culpabilidad en el rango que va desde alrededor del 70% al 90%. En tales circunstancias, ello significa, como mínimo, o bien que el fiscal es un juez obscenamente malo de la fortaleza de su caso o bien que el jurado concluyó que el acusado es probablemente culpable pero que la prueba es demasiado débil para sustentar una condena. En estas circunstancias, una inclinación inicial es suponer que al menos la mitad de quienes son absueltos en juicio cometieron, en efecto, el crimen (o los crímenes) que se les atribuía, pero que la prueba deja margen para la duda razonable respecto de la culpabilidad del acusado».[37]

Según Laudan, a partir de que la sola decisión de llevar el caso a juicio *constituye un indicio* de que el fiscal *está convencido* de que la apariencia de culpabilidad supera al menos el 70%, se puede entonces concluir que al menos la mitad de quienes fueron absueltos eran los verdaderos autores del delito por el que se los acusaba.[38] Más: si el estándar en vigor hubiera sido menos exigente que el BARD, el error no se hubiera producido. Esta conclusión deriva de que, llamativamente, para Laudan el grado de seguridad (presumiblemente racional) del fiscal (por caso, del 70%) covaría con la apariencia *probatoria* de culpabilidad (que será, por tanto, del 70%), todo lo cual equivale además a la probabilidad *de autoría* del acusado.

Ahora bien, afortunadamente Laudan no se conforma con esta dudosa especulación basada en un cóctel que mezcla una tesis de sabiduría popular y una presunción acerca del grado de seguridad (¡subjetivo!) que (para Laudan) sería racional los fiscales tengan cada vez que llevan las causas penales a juicio. Por el contrario, a fin de dotar de fundamento serio a su tesis, Laudan recurre a «… dos poderosas razones para pensar que

36. Laudan, 2016: 57. Traducción y resaltado propios.
37. Laudan, 2016: 58. Traducción propia.
38. A menos que el fiscal sea temerario o que su convicción sea producto de un mal juicio respecto de su propio caso, pero esta hipótesis no parece plausible a Laudan. La 'racionalidad' de presumir que el caso (se presenta al fiscal) como uno donde la hipótesis de culpabilidad supera el 70% responde a que, sencillamente, el fiscal no querría perder su trabajo a fuerza de perder casos constantemente.

esta asunción simplista subestima la frecuencia de culpables de entre las absoluciones en juicio».[39]

En primer lugar, Laudan acude a datos empíricos provenientes del sistema penal escocés en el cual, aunque el BARD es la fórmula que funge de «estándar», con todo lo que ello implica, están disponibles no dos veredictos sino tres: culpabilidad, culpabilidad no probada, no culpabilidad. El rol crucial para los objetivos de Laudan lo cumple, naturalmente, el veredicto de culpabilidad no probada, que debe dictarse toda vez que (i) el jurado *esté persuadido* de que el acusado es factualmente culpable *con una probabilidad de más del 50%*, pero (ii) el jurado *no esté convencido* de que la hipótesis de culpabilidad supera toda duda razonable. Laudan se basa en un estudio empírico llevado a cabo en Escocia, publicado en 2006, con datos relativos al 2004 y 2005, donde se llega a la conclusión de que el 71% de los acusados juzgados por homicidio y absueltos recibieron un veredicto de *culpabilidad no probada*:[40] ergo, concluye Laudan, «… alrededor de 7-de-10 absoluciones por homicidios en Escocia involucran acusados *consideraros por los jurados como habiendo probablemente cometido el crimen*».[41] Asumamos, solo por mor de discusión, la implausible tesis de que ese 71% de culpabilidades no probadas constituye una muestra relevante extensible al año 2008 en el cual Laudan está interesado y al ordenamiento estadounidense. Más, asumamos que ello es extensible a toda la historia judicial anterior y posterior del mundo jurídico regido por el BARD.

En segundo lugar, Laudan vuelve al «monumental study» de Kalven y Zeisel antes citado, pero ahora ya no como indicador de la *ratio* de invalidez de las absoluciones, sino como «prueba empírica» de la *ratio* de falsedad de esos veredictos. En concreto, se centra en una de las preguntas efectuadas en las entrevistas en que el estudio se basa, a saber: la que consultaba en cuántas absoluciones creían los decisores que el caso había estado 'cerca' de satisfacer el estándar BARD, i.e. en cuántos casos estaban seguros con una intensidad que lindaba los límites del BARD, y en cuántos casos, por el contrario, la absolución respondía a una clara insatisfacción de la exigencia de ese estándar. En esas entrevistas (del año 1966, vale la pena recordar) las personas entrevistadas dijeron estar convencidas de que, de los 1.191 casos en juego, solo el 5% habían sido casos de absolución clara, al tiempo que el 52% de ellos se presentaban como «clear for conviction».[42] Asumamos, otra vez de modo implausible, que esos 1.191 casos son una muestra relevante respecto del marco espacio-temporal en que Laudan está interesado, o incluso respecto de toda la historia anterior y posterior de todos los ordenamientos gobernados por el BARD.

Para Laudan, *esto* constituye «evidencia empírica» en favor de la tesis de sabiduría popular según la cual la mayor parte de los acusados absueltos en juicio son

39. Laudan, 2016: 58.
40. Véase: https://www.gov.scot/Publications/2006/04/25104019/11.
41. Laudan, 2016: 58. Traducción y resaltado propios.
42. La ambigüedad del término en inglés es sumamente sugestiva en este punto: aunque aquí Laudan usa *conviction* haciendo referencia solo al sentido de *condena*, conviene tener presente que, dada la naturaleza del estudio, debe entenderse *más bien* en sentido de *convicción*.

materialmente culpables. Es más, la evidencia que ofrecen K-Z en 1966, luego de viajar en el tiempo hasta el año 2008, arroja el resultado de que el 85% de las personas absueltas en juicio a lo largo de ese año pueden considerarse culpables materiales del delito por el que se las absolvió, de modo que esas absoluciones pueden contabilizarse, por su parte, como 'falsas'. ¿Cómo se llega a esa conclusión? Laudan solo dice que, dado que según las estadísticas del año 2008 más o menos un tercio de los casos que llegaron a juicio concluyeron en absolución, 'se sigue' a partir de las entrevistas del año 1966 que tan solo el 15% de esas absoluciones fueron casos de absolución clara. Detrás de este entimema parece subyacer lo siguiente: si solo el 5% de la totalidad de los casos 'suelen ser' casos en que claramente hay absolver (según indican las entrevistas K-Z, 42 años más tarde), de los 45.000 casos por delitos graves resueltos en juicio en el año 2008, tan solo 2.250 debieron ser absoluciones claras. Sin embargo, se absolvió en 15.000 de esas ocasiones.[43] Por consiguiente, solo el 15% del total de las absoluciones fueron casos que (claramente) debían resolverse de ese modo. ¿Qué pasa con el 85% restante? Laudan dice que, en virtud del estudio de K-Z, puede asumirse que más de 12.000 de los casos del año 2008, «… están lo suficientemente cercanos como para sustentar la asunción de que se trata de acusados probablemente culpables desde el punto de vista fáctico, aun si su culpabilidad aparente no logra eliminar todas las dudas razonables».[44]

El paso inmediatamente posterior del argumento consiste en combinar los datos escoceses con los resultados del estudio K-Z para extraer un promedio y aplicarlo a los datos del año 2008 en que Laudan se basa. De esta combinación, a los ojos del autor: «… parece justo decir que los jurados y jueces consideraron probablemente culpables a la mayor parte de los absueltos en juicio por crímenes violentos *y que, por lo tanto,* es razonable asumir que son falsos negativos. Por consiguiente, asumiré en adelante que, de entre las 15.000 absoluciones dictadas en juicios por crímenes violentos en Estados Unidos en 2008, alrededor de 11.2000 (75%) fueron falsos negativos».[45]

Esta 'constatación' de que el sistema hace que al menos el 75% u 80% de las absoluciones que genera sean 'falsas' es, en el trabajo de Laudan, un estandarte de lucha contra la fórmula BARD dada su (en apariencia) excesiva pretensión epistémica (entre otras reglas epistémicamente deficientes y moralmente dañinas del ordenamiento procesal). Desmenucemos detenidamente el argumento de Laudan a este respecto.[46]

a) La mayor parte de quienes en el sistema estadounidense –al igual que en el escocés– deben decidir si condenar a acusados por delitos graves creen que

43. Laudan, 2016: 5, 48-50.
44. Laudan, 2016: 59. Traducción propia.
45. Laudan, 2016: 59. Traducción y resaltado propios. Más tarde insiste en que la *ratio* de falsos negativos es del 80% (Laudan, 2016: 65). A esta *ratio* de falsos negativos, se adelantó, hay que sumarle otra relativa a los casos que no llegan a juicio. Esto no está en el marco de este trabajo, pero en buena medida los argumentos siguientes le son aplicables.
46. Dejo implícitas algunas premisas que Laudan estaría presuponiendo y que, creo, pueden inferirse fácilmente, aunque son también altamente problemáticas.

el estándar que deben aplicar (i.e. el BARD) les exige estar seguros con una probabilidad del 90%.

b) Ergo, el estándar vigente exige un 90% de seguridad.[47]
c) La combinación de las entrevistas de K-Z del año 1966 y los veredictos de culpabilidad no probada escoceses muestran que en un 75% u 80% de las absoluciones, quienes debían decidir o quienes oficiaban de jueces frente al jurado, tenían una convicción superior al 50% de probabilidad de que las personas absueltas eran culpables, aunque inferior al 90%.
d) Ergo, el 75% de los absueltos lo fueron a pesar de una apariencia de culpabilidad superior al 50%, lo que hace *probable* su culpabilidad.
e) Se puede *aceptar* que ese 75% de absoluciones con apariencia de culpabilidad de más de un 50% recaen sobre gente que en realidad había cometido el delito ya que *es probable* (en más del 50%) que así haya sido.
f) Por lo tanto, el 75% de las absoluciones que se deciden en juicio son *falsas* y ello es, al menos en gran medida, *culpa del BARD*, que exige una seguridad que alcance una probabilidad del 90%.

No discutiré mayormente en este trabajo los pasos que van desde (a) a (e), pero no lo haré tan solo por razones de espacio. De todos modos, lo polémico de esas premisas exige al menos algunas consideraciones mínimas. Pues después de destacar el carácter eminentemente subjetivo e incontrolable del cálculo en términos de probabilidades relativas a estados mentales, Laudan funda todo su argumento en auto-asignaciones de probabilidad a ciertas convicciones por parte de ciertas personas. Solo a modo de ejemplo: las opiniones sobre cuál es el *grado de convicción* concreto que el BARD exige, los presuntos *grados de creencia* que los fiscales habrían de poseer (si son prudencialmente racionales) para llevar sus casos a juicio, las opiniones acerca del *grado convictivo de probabilidad* de que las personas acusadas y absueltas fueran materialmente culpables, las opiniones acerca de que ese *grado de probabilidad* no alcanzaba el exigido por el BARD aun si estaba cerca, los *grados de seguridad* manifestados en las sentencias escocesas de culpabilidad no probada, etc.

Mas centrémonos aquí en la premisa (d). De conformidad con ella, Laudan sostiene que por su excesiva exigencia (i.e. 90% de convicción de culpabilidad) el BARD es el responsable de ese 75% u 80% de absoluciones falsas, o al menos de una parte sustancial de ese porcentaje. En los Estados Unidos, decía unos años atrás, «la implementación de un estándar de prueba tan severo como el actual (*más allá de toda duda razonable*)

47. Esta última suposición, como no podría ser de otro modo, está 'empíricamente fundada': Laudan se basa en otra serie de entrevistas que lo llevan a concluir que ese (i.e. el del 90%) es un porcentaje plausiblemente atribuible a la generalidad de la ciudadanía como aquel con el cual identifican a la exigencia BARD (véanse Laudan, 2006: 47, citando a Cohen & Christensen, 1970 y Laudan, 2016: 14). Sin embargo, en los trabajos que el propio Laudan cita al respecto puede verse que de los 600 jurados consultados un cuarto *declara*, en efecto, que esa es la exigencia *de confianza* que ellos identifican con el BARD. Pero, al mismo tiempo, otro cuarto sostiene, por ejemplo, que en caso de empate entre las hipótesis de defensa y acusación, de acuerdo con el BARD, habría que condenar.

garantiza precisamente este efecto»[48]. Ya no se trata solamente de que los juzgadores cometan el error de interpretar demasiado severamente la fórmula y/o la apliquen mal (i.e. emitan veredictos *inválidos*), sino que es la (objetiva) severidad de la fórmula la que garantiza el efecto de conducir a demasiadas absoluciones falsas. En el año 2006, en su primera invocación del estudio K-Z, Laudan decía que: «Lo que Kalven y Zeisel encontraron, no fue que dos de cada diez absoluciones correspondían a personas que fueran culpables, sino que dos de cada diez absoluciones, en la opinión de los jueces, ameritaban una condena justificada; o sea, que esas dos absoluciones tenían todo para satisfacer el EdP en materia penal. *Dado que dicho estándar es bastante severo, tenemos buenas razones para esperar que las absoluciones falsas, del modo en que venimos empleando la expresión –es decir, la absolución de acusados genuinamente culpables– ocurran con mucha mayor frecuencia de lo que la cifra del 20 por 100 podría implicar*»[49].

Es decir, aun cuando de veredictos válidos se trate, sobre la base de la tesis de sabiduría popular mencionada y de la 'evidencia empírica' que la sustenta, es posible decir que: «… la razón primordial de la mayor parte de los falsos negativos no consiste en una mala construcción del caso por parte del fiscal, ni la falta de prueba inculpatoria robusta, sino en el hecho de que, para condenar a alguien por un crimen, nuestro sistema exige en general que el jurado esté unánimemente persuadido de su culpabilidad en un grado cercano a la certeza (prueba más allá de toda duda razonable) […] Porque la prueba indicadora de la culpabilidad de muchos acusados verdaderamente culpables no logra alcanzar el concreto umbral de prueba más allá de toda duda razonable, esa persona recibirá un veredicto de no-culpable (lo que se expresaría mejor como 'culpabilidad no probada') aun cuando la mayoría o incluso todos los jurados creen firmemente que ellos son culpables».[50]

«Desde esta perspectiva –sostiene Laudan–, es sumamente claro que el estándar de prueba en vigor es demasiado alto. Como *ya he mostrado*, la absolución promiscua de (…) muchos acusados probablemente culpables (porque su culpabilidad aparente se percibe como estando debajo del estándar BARD) está generando mucho más daño que el que genera la condena ocasional de un acusado inocente».[51]

Por su parte, la verificación de esta falla por parte de Laudan y de la ('plausiblemente conjeturada') magnitud de ella, lo conducen a abogar por una baja en la exigencia de los límites de suficiencia probatoria en sede penal y, en general, en favor de toda una agenda política reductiva de garantías. En este sentido, dado que sería la excesiva exigencia *probatoria* del BARD la que provoca esos perniciosos efectos, una merma del umbral de suficiencia conduciría simétricamente a una reducción global de los errores, espacialmente por la reducción de falsos negativos.

48. Laudan, 2013b: 39.
49. Laudan, 2013b: 112, nota 6. El resaltado me pertenece.
50. Laudan, 2016: 13-14. Traducción propia.
51. Laudan, 2016: 98. Traducción y resaltado propios.

En suma, para Laudan la excesiva exigencia probatoria del BARD ha conducido y conduce a muchas más absoluciones falsas de las que el contrato social toleraría y a muchísimas más de las que él (de acuerdo con cálculos utilitaristas ulteriores) considera razonablemente tolerables, en suma: un monto promiscuo de absoluciones.[52]

Pues bien, creo que si uno combina la primer gran tanda de enseñanzas de Laudan (§2) con esta última tesis, se pueden observar una serie de inconsistencias que, en última instancia, hacen que las conjeturas que lleva a cabo no sean más que, en el mejor de los casos, intuiciones infundadas.

## 5. EL BUCLE DE INCONSISTENCIAS LAUDANIANAS

### a. La excesiva severidad de un estándar ilusorio

La primera inconsistencia aparente en la epistemología laudaniana tiene varias aristas.

En primer lugar, la conclusión según la cual el BARD es en gran medida responsable de los falsos negativos del sistema por resultar excesivamente pretencioso, depende en un sentido crucial de que podamos determinar cuál es la exigencia *probatoria* de esa fórmula. Exactamente lo mismo cabe decir de la afirmación según la cual en el sistema se producen una gran cantidad de veredictos inválidos dado que los jurados aplican mal el BARD. Pues para decir que se ha producido una mala aplicación tendría que haber un criterio objetivo de aplicaciones correctas.

Sin embargo, desde los postulados de Laudan esto es imposible frente a la indeterminación de la fórmula, no solo por su ambigüedad sino, especialmente, dada la subjetividad a que conduce. Esto era lo que ocurría especialmente en los casos de cuantificación probabilística de la convicción.[53] La fijación de un estándar probatorio en un número porcentual cualquiera, BARD incluido, adolece de la peculiar extrañeza de que, a pesar de las apariencias, «no nos ofrece ningún estándar *de prueba* independiente».[54] Lo que estas circunstancias nos enseñaban era que cualquier grado de convicción que un jurado pueda *expresar* es compatible con la presencia de un alto caudal de elementos probatorios, con uno medio, con uno débil o con ninguno en absoluto.

«Después de todo, los crédulos no son propensos a albergar dudas, siquiera cuando debieran, y los escépticos –especialmente si son filósofos– son propensos a mantener dudas sin importar cuán poderosa sea la prueba. El uso de un estándar tan amorfo como el BARD, el estado está esencialmente invitando a quien juzga a confiar en sus instintos viscerales […] En una sociedad cuyos ciudadanos están variablemente seguros de que la Biblia posee inspiración divina y que es infalible, que sus hijos son uniformemente más inteligentes de cuanto sus enseñantes piensan, y que nos reencarnaremos en otro cuerpo luego de morir, la existencia de un alto nivel de confianza subjetiva respecto

52. Esta es una línea adicional de reflexión en el trabajo de Laudan, a la que se hacía referencia en nota 11.
53. Véanse Laudan, 2013b: 123-126.
54. Laudan, 2013b: 124. El resaltado me pertenece.

de x entre doce ciudadanos ordinarios no inspira mucha confianza ni acerca de que x sea verdadero ni de que haya sido probado siquiera en un sentido ligeramente robusto del término».[55]

Pero si esto es así, la opinión de quien fuera respecto de cuál es el grado probabilístico de *convicción* necesario para satisfacer al BARD, nada dice acerca de las pretensiones o exigencias *epistémicas* de ese estándar. Esto era precisamente lo que se quería decir al señalar que la cuantificación probabilística excluye sin más el sistema de valoración de la prueba guiado por la racionalidad epistémica, conduciendo a uno de íntima convicción en el más peyorativo sentido de la etiqueta, en el sentido de que «la determinación de su severidad o grado de exigencia [*probatoria*] es escandalosamente arbitraria».[56]

Todo esto torna inadmisible el argumento de Laudan según el cual el BARD, por su excesiva exigencia *probatoria*, provoca una cierta cantidad de falsos negativos. Pues todo el argumento se basaba en que el BARD exige, para condenar, un *alto grado de confianza* en la hipótesis de la culpabilidad (del 90 o 95%). Si los grados de confianza nada dicen sobre los grados *probatorios*, esa constatación carece de toda capacidad informativa respecto de la severidad *probatoria* de la fórmula BARD. Asimismo, las cuantificaciones relativas a lo cercano de haberse satisfecho el BARD sobre las cuales se fundan las especulaciones acerca de los falsos negativos (en virtud de las encuestas citadas por Laudan) son tan insustanciales, tan subjetivas e insensatas cuanto las de declaración de convicción BARD. Una persona puede sentirse 100% (o 90% o lo que fuera) segura de la culpabilidad, así como puede sentirse segura de poseer una intensidad de creencia cercana a esos porcentajes o a cualquier otro, pero esto no significa que ello refleje *la prueba* disponible, que covaríe con el grado de justificación epistémica efectivo.

Atribuir un cierto caudal de errores a la excesiva severidad del BARD es inaceptable, al menos si lo que nos preocupa es la exigencia relativa a razones epistémicas auténticas. Sencillamente, si no hay un estándar *de prueba* independiente con el cual contrastar los casos que se tomen como muestra, entonces no hay forma de decidir si la exigencia *de pruebas* es demasiada, demasiado baja, excesiva o adecuada. Y, como dice Laudan, lejos de ser un estándar *de prueba*, el BARD, así como cualquier especulación probabilística de mensuración de estados convictivos, constituye una noción «… penosamente inadecuada, deliberadamente poco clara, totalmente subjetiva y abierta a un número de interpretaciones semejante al número de jueces en funciones».[57]

Por las mismas razones, la opinión de cualquier juez o jueza respecto de que otros jueces o jurados han aplicado mal el supuesto estándar tampoco dice absolutamente nada sobre la validez de los veredictos: dice tan solo que el BARD que esos jueces o jurados en funciones han aplicado no es el BARD adecuado según la opinión subjetiva e igualmente atendible de otros jueces o jurados en funciones.

55. Laudan, 2011d: 215. Traducción propia. Más aún, ante ciertas constataciones jurisprudenciales, dice Laudan, 2013b: 131: «Si BARD es tan permisivo como lo sugieren estas opiniones, es urgente que este criterio sea reemplazado por estándares más exigentes…».
56. Laudan, 2013b: 104.
57. Laudan, 2013b: 61.

En suma: sin un estándar de prueba genuino en vigor no es posible decir ni que haya veredictos falsos como producto de una exagerada exigencia probatoria, ni que haya veredictos inválidos por haberse alcanzado el grado de suficiencia probatoria y haberse desaplicado el estándar. Como máximo, los casos de muestra que Laudan toma bajo consideración habrán de considerarse casos decididos sobre la base «… de las intuiciones indisciplinadas del jurado sobre la culpabilidad y la inocencia o de las asignaciones de probabilidad intrínsecamente arbitrarias que sus miembros realizan».[58]

En este sentido, precisamente porque «las cosas están al revés» no puede decirse que las exigencias probatorias resulten demasiado altas o que generen tales o cuales consecuencias dadas las declaraciones actuales de hipótesis probadas, no probadas o casi probadas.

### *i. Un tiro por la culata*

He aquí la segunda gran inconsistencia de Laudan. Él deriva el carácter excesivo de la exigencia probatoria del BARD, y le atribuye a esa fórmula la producción de falsos negativos, a partir de las declaraciones de personas involucradas en las decisiones de ciertos casos que concluyeron en absolución. Esas personas (sea por medio de veredictos de culpabilidad no probada, sea en el marco de entrevistas ulteriores) habrían declarado que en un alto porcentaje de casos (Laudan, recordemos, asume una media del 75% de ellos) estaban convencidas de la culpabilidad en un grado cercano (aunque no equivalente) al que ellos consideran acorde al BARD, en todo caso uno superior al 50%.

Pues bien, Laudan no solo está aquí asumiendo que la exigencia BARD equivale a la que esa gente piensa (a lo que se refirió antes), sino que ahora lisa y llanamente adopta él mismo un criterio 'probatorio' enteramente subjetivo, tornándose blanco de su propia «crítica devastadora»: pues él asume sin más que la convicción de culpabilidad cercana a BARD *equivale* a *apariencia probatoria de culpabilidad* cercana al 90%.[59] Así, las auto-cuantificaciones de estados mentales subjetivos en términos probabilísticos por parte de las personas relevantes (i.e. las personas entrevistadas, los fiscales estadounidenses si son presuntamente racionales, las de los jurados escoceses que absuelven por culpabilidad-no-probada), asume Laudan sin razón aparente, *se corresponden* sin más, en todos y cada uno de los casos de la muestra, con presencia simétrica de elementos epistémicos auténticos. Él asume sin más que las expresiones de estados mentales de los encuestados y decisores, no solo son fidedignos, sino que son además producto exclusivo de verdaderas pruebas. Todavía más: a partir del hecho de que las personas entrevistadas o las que decidieron en los casos escoceses dicen haber estado convencidas de que los acusados eran culpables con más del 50% de probabilidad (aunque menos del 90%) concluye que cada una de esas absoluciones fue un falso negativo. De allí que

58. Laudan, 2013b: 130.

59. Como Laudan decía respecto de los filósofos morales, quienes «se creen competentes para pontificar sobre cuestiones que envuelven el rigor o solidez de los métodos de prueba», ahora es él mismo quien «stand[s] hoist on their own petard» (Laudan, 2011d: 218). Traducción propia.

Laudan no solo da por hecho que las estimaciones probabilísticas subjetivas ajenas son sensibles a las pruebas: él *las asume como propias* y, aplicando estándares (subjetivos) más bajos que los empleados en los casos de la muestra, da por probado lo que en los procesos judiciales se tuvo por no probado. Para decirlo en sus palabras: «En caso de que no resulte claro por qué esto pervierte el orden lógico de las cosas, imagínese que le dijésemos a los matemáticos que, de ahora en adelante, contarán con una prueba legítima de un teorema tan pronto como estén convencidos de la verdad de dicho teorema. O supóngase que les decimos a los epistemólogos que si están sumamente seguros de la existencia de una conexión causal entre A y B, entonces tienen una prueba de ello. Propuestas como estas respecto de la prueba serían objeto de risa».[60]

Si esto provoca risa ante la exigencia de un 90% o 95% de seguridad, otro tanto cabrá decir de cualquier otro porcentaje o sensación de cercanía a él. ¿O hay que entender acaso que las personas que respondieron las entrevistas en cuestión, así como los jurados escoceses, poseen una especial sensibilidad epistémica?

### *ii. Exigencias probatorias excesivas en el mundo del revés*

Pero Laudan podría intentar sortear estas críticas. Él podría sostener que, aunque los estados mentales no reflejan las razones epistémicas disponibles y la gente que decide en ordenamientos como los puestos bajo consideración lo hace tan solo en virtud de sus incontrolables estados psicológicos, los estudios a que recurre muestran *cierta* covariación entre los estados psicológicos relevantes y la presencia de ciertos caudales probatorios. O quizás, sencillamente, Laudan cambió de opinión y cree ahora que los estados mentales, tanto los de las personas que adoptaron las decisiones de la muestra cuanto los de las personas encuestadas, son reflejos de concretos estatus de justificación epistémica.

Pero esto tampoco salvaría el argumento de Laudan.

En primer lugar, hasta aquí hemos asumido por mor de discusión que las estadísticas escocesas y las entrevistas de K-Z de hace más de medio siglo resultan pertinentes para evaluar el estado actual de la cuestión, al menos en los Estados Unidos de América del año 2008. Sin embargo, lo cierto es que no hay ninguna razón aparente para hacer una asunción tal, al menos no más allá de la de hacerlo como mera concesión a efectos de continuar el debate. Laudan no ofrece ningún argumento en este sentido y, a decir verdad, una mínima reflexión acerca de las diferencias demográficas, económicas, culturales, etc., entre los Estados Unidos de América de 1966 y el actual, o entre este último y Escocia, sugiere que un contrabando de datos estadísticos como el ensayado es, como mínimo, tan osado que requiere de una mínima justificación.

En segundo lugar, no es claro en absoluto por qué habría que asumir que los grados de convicción que Laudan obtiene a partir de las decisiones y encuestas tomadas por él

60. Laudan, 2011c: 72. Por estas mismas razones, creo que es igualmente inadecuado recurrir a estados mentales a fines de definir la noción de *relevancia epistémica*, tal como lo hace Laudan, 2013b: 44. Cfr. Haack, 2009 [1993]: 132.

como 'evidencia' sean *realmente* los grados de convicción que decisores y encuestados tenían respecto de los enunciados fácticos en juego. No hay por qué asumir que esos grados de convicción hayan sido lo que esas personas tenían al momento de decidir los casos de que se trata, y no hay por qué asumir ni siquiera que son los grados de convicción que poseían al momento de responder a las preguntas de los entrevistadores. Laudan no parece tener ni mínimamente en cuenta que quienes declaran tener un grado de convicción tal o cual respecto de un enunciado fáctico –cercano, igual o superior al que ellos estiman es propio de la fórmula BARD– pueden mentir, magnificar su grado de creencia, o sobreestimar la tarea que les incumbía.[61] Él tampoco parece tener en cuenta la posibilidad de que las intensidades de creencia de esas personas hayan mutado desde el momento del juicio hasta el momento de las encuestas, lo cual puede haber ocurrido incluso siendo los encuestados totalmente inconscientes de ello.[62]

Así, aun si el profesor de Texas hubiera cambiado de opinión respecto de su crítica a la expresión probabilística de umbrales probatorios creyendo ahora que la intensidad de creencia refleja siempre la presencia de razones epistémicas, y aún si este cambio de opinión fuere acertado, las variables mencionadas socavan totalmente sus argumentos. Si por embuste, desidia o sesgo el porcentaje de creencia *expresado* por decisores o encuestados no coincidiese con el poseído al momento de decidir, entonces ello tampoco sería indicador de la *ratio* real de culpables absueltos e inocentes condenados, ya que no sería indicador de las razones epistémicas con que realmente se contaba en ese momento.

En tercer lugar, supongamos que Laudan se mantiene en su clásica posición de conformidad con la cual ligar el grado de justificación epistémica a ciertas intensidades de creencia *pone las cosas del revés*. De hecho, no hay nada en su obra que indique que él ha cambiado de opinión en este sentido. Pues bien, se sugería al inicio de este apartado que él podría intentar alegar que, aún así, tiene sentido todavía buscar correlaciones entre la obtención de las intensidades de creencia relevantes dentro de un cierto contexto jurídico-procesal de decisión y la efectiva presencia de genuinas pruebas que indican la culpabilidad de las personas absueltas. Nada impide buscar y encontrar ciertas correlaciones, algo así como un intento de comprensión de 'la lógica del mundo del revés'. Quizás la crítica de Laudan según la cual los estándares de prueba vigentes son excesivamente severos, aun si arbitrarios, pueda entenderse de este modo. Él nos estaría diciendo algo así: 'aunque los grados de creencia que determinan las decisiones de culpabilidad son incontrolables y arbitrarios, *puede observarse* en una muestra relevante de casos que esos grados de creencia se dan tan solo cuando las pruebas auténticas son desbordantes, no dándose en una enorme cantidad de casos donde esas pruebas son, aun si no desbordantes, claramente indicadoras de la culpabilidad'. Se estaría verificando así que, dentro de ese grupo sumido en la desorientación epistémica, se dan ciertos patrones

61. Véase Schauer, 2015, especialmente § 5.2. Él cataloga allí, además, un buen repertorio de estudios empíricos sobre el particular.
62. Agradezco a Hernán Bouvier por señalarme este punto.

de conformidad con los cuales, sea por el motivo que fuere, la intensidad de convicción apta para condena se alcanza (o se declara como alcanzada) solo cuando la prueba es excesiva. Aunque no hay estándar, hay una severidad epistémica desorbitada. Pareciera entonces plausible sostener al mismo tiempo, por un lado, que se decide arbitrariamente y, por el otro, que las decisiones de condena presuponen una exigencia excesiva de pruebas. Pues bien, lo infundado de la posición de Laudan, incluso si entendida de este modo, se torna evidente a partir de lo siguiente.

### b. En busca de las pruebas perdidas

Las únicas evidencias aceptables para demostrar que en muchos casos se absuelve, aun en presencia de mucha prueba en favor de la culpabilidad (sea porque hay un estándar objetivo excesivamente severo, sea porque –aun en su ausencia– la gente solo se convence cuando tiene demasiada prueba) son *las pruebas relativas a cada uno de esos muchos casos*. En otras palabras, para justificar la aserción de que un acusado absuelto era probablemente culpable hay que traer a colación, exhibir y valorar la prueba que demuestra que el acusado absuelto *era probablemente culpable*. Este es el único tipo de razón admisible en favor de esa conclusión, i.e. la que muestra la apariencia epistémica de culpabilidad. Más específicamente, si se sostiene la tesis de que en una *x cantidad* de casos se absolvió aun habiendo buenas razones epistémicas para considerar probablemente culpable a esos acusados, hay que invocar y exhibir la prueba relativa *a cada caso*. Por desgracia, si esto no es imposible es, como mínimo, altamente difícil, sobre todo en sistemas donde los veredictos no se motivan y no incluyen, en consecuencia, un detalle y valoración de los elementos de prueba.[63]

En contraste, luego de escrutar la *opinión* de los abogados defensores a partir de la de «uno de los miembros más distinguidos de este gremio», opinión según el cual «casi todos los acusados son en realidad culpables», Laudan decía en el año 2006 que: «… para continuar sería preferible contar con algo más que con pruebas anecdóticas. Obviamente tenemos muy pocas pruebas directas en virtud de que la culpabilidad y la inocencia genuinas son inescrutables en la mayoría de los casos. Sin embargo, podemos realizar algunas inferencias plausibles a partir de los datos que disponemos».

Seguidamente Laudan sostenía que entre el 30 y 40% de los imputados que llegan a juicio en USA son absueltos (él estipula una media del 35%). Para él, la «primera y más obvia inferencia» es que en opinión de los miembros del jurado *la mayoría de los acusados son culpables*: «De hecho, su culpabilidad aparente es tan abrumadora que una clara mayoría ha sido hallada culpable BARD. Así que, si aproximadamente el 65 por 100 de aquellos que han ido a juicio oral fueron hallados culpables BARD, probablemente

63. Sobre el punto Taruffo, 2005, Nance, 2016: 26-27. Aunque luego parece olvidarlo, cuando especula sobre cómo habría de llevarse a cabo el test de la tasa de éxito de los estándares de prueba que él mismo propone, el propio Laudan indica que ello solo podría basarse en *la prueba relativa a cada caso*: Laudan, 2013b.

había muchos otros cuya culpabilidad aparente se encontraba por encima del 0,5 y quienes, por tanto, bien podrían ser culpables».[64]

Ahora bien, aunque la primera parte de la inferencia es indudablemente obvia (i.e. que el 65% de los imputados son hallados culpables *dado* que el 35% son absueltos) lo que sigue no solo no es obvio, sino que no es siquiera mínimamente plausible, y ello en virtud de las propias tesis de Laudan. Pues, si el BARD es absolutamente subjetivo y arbitrario, el carácter *abrumador* de la culpabilidad aparente no puede ser atribuido a pruebas genuinas. Igualmente subjetiva y arbitraria será, además, la apariencia de culpabilidad de más del 0,5 a que el autor alude. No se trata tan solo de que se cuenta con muy pocas *pruebas directas* respecto de la culpabilidad o inocencia. Se trata, más bien, de que Laudan no exhibe *ninguna* prueba al respecto, al tiempo que extrae conclusiones a partir de razones que, según él mismo ha indicado en otros sitios, no son razones del tipo adecuado.[65]

La necesidad de indagar sobre la prueba auténtica en el cúmulo de casos que quiera analizarse es de una importancia decisiva en sistemas donde, como Laudan nos enseñaba, *no hay* un verdadero estándar de prueba sino una parodia de uno. En estos contextos, exhibir las pruebas que efectivamente había en cada caso de condena y de absolución podría mostrar una gran cantidad de aspectos y conducir a conclusiones de lo más heterogéneas, además de los probables falsos positivos y falsos negativos, por cierto. Por ejemplo, posiblemente verifiquemos que las declaraciones de convicción BARD frente a algunos (tipos de) delitos se efectivizan tan solo en casos en que hay una abrumadora cantidad de prueba, mientras que en otros quizás la convicción se logre con menos, acaso con poquísima prueba o con ninguna. O quizás descubramos que hay sectores donde la suficiencia la gobiernan meros prejuicios o supersticiones. Estas asimetrías, se puede conjeturar, podrían explicarse por múltiples motivos: no solo por la gravedad de las penas amenazadas sino también por la gravedad del delito investigado, por la repercusión pública de ciertos crímenes, por sesgos políticos, raciales o de cualquier tipo, etc. Todavía más, quizás estos desequilibrios se vean no tanto (o no solo) frente a distintos (tipos de) delitos y contextos delictivos, sino frente a diferentes clases de personas acusadas o presuntamente victimizadas. Es esta la situación a que conduce la ausencia de auténticos estándares de prueba y decidir con parodias de ellos.

En contraste, acudir a las opiniones de quien fuere a fin de elucidar cuál era la *probabilidad* (*subjetiva*) de culpabilidad de imputados absueltos, como hace Laudan, resulta tan inaceptable desde el punto de vista epistémico como pedirles que condenen cuando alcancen un cierto grado porcentual de seguridad.[66]

---

64. Laudan, 2013b: 162.
65. Todavía una vez: Laudan podría haber cambiado de opinión y creer ahora que los estados psicológicos covarían con las razones epistémicas, pero si así fuere, sería necesario como mínimo *un* argumento en favor de este cambio de opinión. Como se ha visto: justificar la afirmación según la cual el grado psicológico de convicción del individuo I respecto de la proposición *p* refleja el grado de justificación epistémica con que las evidencias E (con las que I cuenta) apoyan a *p*, requiere –como mínimo– exhibir y valorar E.
66. Véase Findley, 2018: 1278-1280, donde se lleva a cabo un análisis mucho más profundo del estudio K-Z del que Laudan presenta.

### c. El error sobre margen de error

Hay un punto adicional. Hagamos por un momento abstracción de lo dicho en los apartados precedentes. Supongamos que Laudan cuenta con prueba genuina relativa a cada caso de absolución; o, incluso, que los estados subjetivos que los encuestados de sus muestras declaran haber tenido son reales y que relejan fielmente las apariencias epistémicas de culpabilidad relativas a esos casos. Supongamos también que se trata de absoluciones que conforman una muestra realmente relevante y, además, hagamos como si la apariencia de culpabilidad fuera mensurable, suponiendo, adicionalmente, que de esas pruebas con que hipotéticamente se cuenta surge que cada una de las personas absueltas de la muestra lo fue aun frente a una apariencia de culpabilidad de más del 50% o incluso del 80%.

Pues bien, ha de tenerse presente que, al margen de las exclusiones probatorias y de los límites temporales,[67] el método para determinar si el procedimiento judicial fue exitoso o no en la fijación de los hechos es el mismo método que el procedimiento judicial ha empleado (asumiendo que el sistema de valoración de la prueba es el de *libre valoración*). Así, incluso cuando desde fuera del procedimiento pueda valorarse alguna prueba adicional, la determinación de éxito o fracaso del veredicto en lo relativo a los enunciados fácticos es tan falible cuanto el veredicto mismo.[68]

Como vimos, la premisa (e) del argumento de Laudan consiste precisamente en inferir, a partir de una cierta apariencia de culpabilidad (putativa, de conformidad a cuanto se dijo, pero atendible de conformidad con nuestro manojo de suposiciones), la culpabilidad sin más. Esto quiere decir que, a efectos de elucubrar cuál es la *ratio* de error y cuál la de éxito del sistema judicial, Laudan no solo se sirve del mismo método, sino que pretende emplear y valorar el mismo conjunto de elementos probatorios producidos dentro de ese sistema para cada uno de los casos de la muestra. En este preciso punto, lo inaceptable del argumento reside en que Laudan obtiene la *ratio* de fracasos del sistema aplicando a esos mismos conjuntos de elementos probatorios, desde su punto de vista externo, un estándar de prueba deliberadamente menos exigente que el aplicado, por hipótesis, *dentro* del sistema. Usando la «hipótesis heurística» de Laudan esto sería como decir que, si un sistema S, cuyo estándar de suficiencia probatoria es del 90%, juzga como no probado un *x* porcentaje de enunciados fácticos cuya apariencia de verdad era de, pongamos, un 70%; entonces *x* equivale al margen *de error* de ese sistema. Y la justificación de esa alegación, i.e. de que *x* equivale al margen de error, reposa pura y exclusivamente en la implementación de un estándar de prueba de, pongamos, el 65%.

67. Quizás también haya una diferencia en cuánto *el deseo* de alcanzar una cierta conclusión afecte a la autenticidad de la indagación (así, Haack, 2014a: 12, 21-22). Si la hay, creo que se trata tan solo de una diferencia de *grado*: quien indaga acerca de la *ratio* de éxito o fracaso de un cierto estándar puede estar también afectado por sus deseos de lograr tal o cual conclusión concorde con el impulso de tal o cual programa político.
68. Sobre estas dificultades González Lagier, 2018, § 4.4.5.

### d. Los estándares genuinos de prueba desde la óptica de Laudan: ¿una «reforma esencial»?

Superar todos estos supuestos escollos que Laudan señala requiere de la formulación de estándares de prueba genuinos que distribuyan el error de un modo no arbitrario. La formulación de un estándar de prueba tal requeriría, especialmente, de dos circunstancias: (i) determinar objetivamente cuál es la distribución de error político-moralmente deseada y (ii) formular un umbral de suficiencia tal que realice *esa* distribución. Aunque ambos aspectos son problemáticos, me centraré tan solo en el segundo por razones de espacio.

Laudan cree, frente a todo lo expuesto, que es perfectamente posible formular «reglas probatorias» en términos de umbrales de suficiencia, tales que permitan llevar a cabo estimaciones «razonablemente precisas» acerca de «[c]uán robustas sean las pruebas, así como cuán válidas sean las inferencias que con base en ellas realizan [quienes hayan de decidir]».[69] Él cree, además, que la aplicación de esas «reglas probatorias» reflejará a largo plazo la *ratio* deseada de distribución de errores, sea cual ella fuere.

Según él, *la epistemología* proporciona las herramientas necesarias para que las inquietudes político-morales relativas a la necesidad de hacer distribuciones asimétricas del error se produzcan en los hechos. Laudan sostiene que formular de este modo los estándares de prueba constituye una «reforma esencial» frente al desatado subjetivismo al que conducen fórmulas equívocas y vagas como el BARD, sorteándose el inconveniente de ligar la determinación de la culpabilidad o inocencia a un «proceso de introspección al que los miembros del jurado» habrían de entregarse. En contraste, los genuinos estándares de prueba hacen que, determinar si un enunciado fáctico está probado, requiera tan solo la *constatación* de un «poderoso lazo inferencial entre las pruebas presentadas y la conclusión de que el acusado es culpable».[70] Laudan ofrece tres ejemplos de estándares acordes a sus exigencias:[71]

> **LL1. Si existen pruebas inculpatorias fiables cuya presencia sería muy difícil de explicar si el acusado fuera inocente, sumado a la ausencia de pruebas exculpatorias que serían muy difíciles de explicar si el acusado fuera culpable, entonces condene; de lo contrario, absuelva.**
>
> **LL2. Si la teoría del caso presentada por la acusación es plausible y usted no puede concebir alguna historia plausible en la que el acusado resulte inocente, entonces condene; de lo contrario, absuelva.**[72]
>
> **LL3. Determine si los hechos establecidos por la acusación descartan cualquier hipótesis razonable en la que pueda pensar que el acusado resultaría inocente. Si la teoría de la acusación descarta las hipótesis alternativas referidas, condene. De lo contrario, absuelva.**[73]

69. Laudan, 2013b: 116.
70. Laudan, 2013b: 127.
71. Laudan, 2013b: 127-129.
72. A partir de Allen, 1993, Allen, 1994.
73. Remitiendo a una vieja instrucción para jurados.

Laudan sostiene que, si se adoptaran fórmulas como las indicadas, los problemas por él señalados se resolverían, pues ellas: «[c]onstituyen estándares de prueba genuinos y objetivos y, al contrario que el BARD o la asignación de valores específicos de probabilidad a la hipótesis de culpabilidad, dejan muy poco espacio para la duda respecto a si han sido satisfechos o no en cualquier caso particular».[74]

No es este el espacio para detallar la batería de razones que hacen que, a despecho de lo que Laudan sostiene, estas fórmulas sean totalmente inadecuadas para alcanzar los fines que él pretende conseguir con ellas, satisfaciendo además sus exigencias de objetividad y precisión. Me limitaré a señalar las principales dejando el detalle para otro momento.

En primer lugar, la primera preocupación de Laudan respecto del BARD consistía en que esa fórmula es *traducible* en múltiples modos, muchos de ellos conducentes a convertirla en un criterio introspectivo, psicológico, subjetivo y, probablemente, arbitrario. Pues bien, nada parece impedir que el mismo destino corran estas propuestas de estándar, máxima en lo que refiere a la *alta dificultad* de explicar ciertas pruebas, a lo *fiable* de ellas, a lo *plausible* de ciertas historias, a la posibilidad *personal* de concebir historias alternativas o no, a lo *razonable* de las hipótesis alternativas (personalmente) imaginables. La cercanía de esta última consideración a la fórmula BARD es significativamente llamativa.

En segundo lugar, quizás lo más importante, pensar que el problema de la subjetividad queda superado parece de una ingenuidad magnánima. Supongamos que las fórmulas que Laudan adopta como ejemplos de buenos estándares son aplicadas sin más interpretación que la iteración literal, sin que se dé instrucción alguna al jurado –si lo hay– acerca de cuál es el significado de los términos de esas frases. Pues bien, aun cuando ninguna de esas fórmulas, al menos en apariencia, «depende de las estimaciones subjetivas del jurado acerca de la probabilidad de que el acusado sea culpable», lo cierto es que lo que ahora dependerá de las estimaciones subjetivas del jurado es la determinación de si el estándar se encuentra satisfecho o no dado un determinado conjunto de elementos de prueba. Tomemos como ejemplo el estándar LL1: considerar satisfecho el estándar dependerá de si quien debe juzgar *estima* que las pruebas inculpatorias son *lo suficientemente* fiables y lo *suficientemente* difíciles de explicar bajo el supuesto de que el imputado fuera inocente, y si las pruebas exculpatorias son *insuficientes*, o si no son lo *suficientemente* fiables o lo *suficientemente* difíciles de explicar bajo la hipótesis de que el acusado fuera culpable. La situación no mejora con el caso de LL2: habrá que juzgar si la teoría del caso de la acusación es lo *suficientemente* plausible para condenar y si se ha hecho el esfuerzo *suficiente* a efectos de concebir alguna historia *suficientemente* plausible en la que el acusado resulte inocente. Y otro tanto cabe decir de LL3: es necesario determinar si la hipótesis acusatoria descarta toda hipótesis *lo suficientemente* razonable de inocencia.

74. Laudan, 2013b: 132.

La determinación del carácter suficiente o insuficiente de la satisfacción de ciertos criterios epistémicos, dada su irremediable *gradualidad* remite a consideraciones de carácter práctico.[75] Quizás el reingreso en el mundo del subjetivismo resulte aquí inevitable.[76] Creo, sin embargo, que hay dos caminos posibles para poner un coto al pesimismo que esto podría provocar. Uno de esos caminos consiste en explorar el ligamen entre distribuciones de errores (o riesgos de errores) de un modo moralmente adecuado con tasaciones probatorias (legislativas o incluso jurisprudenciales) guiadas por consideraciones epistémicas y justificadas en virtud de ellas.[77] El otro camino es el de, conscientes de lo inevitable de incluir consideraciones prácticas en las decisiones sobre la suficiencia epistémica, se exija a la judicatura una explícita y rigurosa justificación epistémica con una también explícita y rigurosa manifestación de las razones prácticas que hacen que en cada caso *esas* razones epistémicas *deban* tenerse por *suficientes*. En cualquier caso, no es este el lugar para profundizar en estas sugerencias.

## 6. CONCLUSIONES

Con buen atino, Edgar Aguilera ha sostenido que la obra de Laudan «… reflexiona primordialmente en torno a dos deficiencias que presenta el *estándar de prueba criminal* en sistemas jurídicos como el norteamericano y el mexicano, las cuales consisten básicamente en la *subjetividad* con la que la determinación de su satisfacción o no se realiza (subjetividad que, a su vez, se encuentra íntimamente ligada a, y provocada por, el fraseo vago y ambiguo empleado en su formulación), y en su *excesiva severidad*».[78]

Esta doble preocupación puede considerarse extensible a toda la obra *jurídica* de Laudan. La importancia de sus inquietudes y la enorme relevancia de sus trabajos están fuera de discusión. Sin embargo, algo anda mal respecto de muchas de sus conclusiones. Pues afirmar que los estándares tal como se encuentran formulados son indefectiblemente subjetivos y arbitrarios es incompatible con decir que ellos constituyen una excesiva exigencia de pruebas y que generan, por ello, una alta *ratio* de falsos negativos. Mostrar esto último exige mostrar (a) *la evidencia auténtica* que muestre la alta probabilidad epistémica de culpabilidad material de (un alto porcentaje de) absueltos y (b) que esas absoluciones responden a la aplicación de estándares excesivamente severos en términos probatorios. A esto se agrega el hecho de que la propuesta supuestamente superadora de Laudan no solo parece estar destinada a caer en el mismo terreno de

75. Véase Haack, 2009 [1993]: 133-134. No es posible detenerse aquí en este punto. Algunas consideraciones al respecto en Dei Vecchi, 2014: 252, González Lagier, 2018, Dei Vecchi, 2019.
76. En este punto cabe señalar que en el trabajo de Laudan hay en ocasiones ciertas afirmaciones algo sorprendentes, pues luego de enlazar el BARD a lo irracional y arbitrario, Laudan, 2013b: 131 defiende su propia propuesta diciendo que ella remite a modos adecuados de razonar *que las personas aplican diariamente tanto en sus vidas ordinarias cuanto en los procesos judiciales*. ¿Por qué concluir entonces tan rápida e infundadamente que el BARD o fórmulas semejantes son incompatibles con ello? Cfr. Haack, 2014b: 52.
77. Así, por ejemplo, Fernández López, 2007, Bayón Mohino, 2009.
78. Aguilera García, 2011: 16-17.

subjetividad, sino que se basa asimismo en estimaciones probabilísticas sobre cómo distribuir errores.

Laudan no es del todo inconsciente respecto de las suspicacias que puede generar su *uso* (y no mera mención) del lenguaje de las probabilidades: «Debo aclarar que mis razones para proceder así fueron únicamente heurísticas; me parece que podemos aprender mucho acerca de cómo opera un EdP, especialmente acerca de su papel en la distribución de los errores, si echamos mano de resultados bien establecidos que derivan del empleo de la probabilidad y la estadística. Pero, al igual que sucede con la famosa escalera wittgensteiniana que se usa para poder escalar un muro y, cuando ya estamos arriba, después se desecha, así también es mejor dejar de lado el lenguaje técnico de las probabilidades al referirnos al EdP».[79]

No obstante, todas las inferencias realizadas a fin de demostrar la *ratio* de falsas absoluciones que el sistema produce a partir de una cuantificación probabilística del BARD y atribuir esos errores a su excesiva exigencia *probatoria* trasciende en mucho a un uso «únicamente heurístico».[80] Nada hubiera tenido de malo emplear la escalera a fin de alcanzar la cima del muro y desecharla luego, ciertamente. El problema es que el ansia de dar sentido a su intuición de que el sistema deja libres a gran cantidad de culpables parece haber hecho olvidar a Laudan que, luego de alcanzar la cima, antes de arrojar la escalera había que abandonarla y posarse sobre el muro.

## 7. BIBLIOGRAFÍA

Aguilera García, E. R., 2011: «Presentación», en Laudan, L., *El estándar de prueba y las garantías en el proceso penal*. Buenos Aires: Hammurabi: 15-54.

Allen, R. J., 1977: «The Restoration of In re Winship: A Comment on Burdens of Persuasion in Criminal Cases after Patterson v. New York», en *Michigan Law Review*, 76 (1): 30-63.

Allen, R. J., 1993: «Constitutional Adjudication, the Demands of Knowledge, and Epistemological Modesty », en *Northwestern Law Review*, 88 (1): 436-456.

Allen, R. J., 1994: «Factual Ambiguity and a Theory of Evidence », en *Northwestern Law Review*, 88 (2): 604-640.

Allen, R. J. & L. Laudan, 2008: «Deadly dilemmas», en *Texas Tech Law Review* (41): 65-92.

Allen, R. J. & L. Laudan, 2011: «Deadly Dilemmas III: Some Kind Words for Preventive Detention», en *Journal of Criminal Law and Criminology* (101): 781-802.

Bayón Mohino, J. C., 2009: «Epistemología, moral y prueba de los hechos: hacia un enfoque no benthamiano», en *Analisi e diritto. Ricerche di giurisprudenza analitica*, 2009-2010 (1): 15-34.

Cohen, J. & I. Christensen, 1970: *Information and choice* Edinburgh: Oliver & Boyd.

Cohen, L. J., 1998: *Introduzione alla Filosofia dell'induzione e della probabilità*. Milano: Giuffrè.

Couture, E. J., 1958: *Fundamentos de Derecho Procesal Civil*. Buenos Aires: Depalma.

79. Laudan, 2013b: 121.
80. Cfr. Findley, 2018.

de Finetti, B., 1993: «Bayesianesimo: il suo ruolo unificante per i fondamenti e le applicazioni della statistica», en Monari, P. & Cocchi, D., *Probabilità e induzione*. Bologna: Cooperativa Libraria Universitaria Editrice Bologna: 205-228.

Dei Vecchi, D., 2014: «Acerca de la fuerza de los enunciados probatorios: El salto constitutivo», en *Doxa: Cuadernos de filosofía del derecho*, 34: 237-261.

Dei Vecchi, D., 2019: *Consideraciones sobre la posibilidad de formular y aplicar estándares de suficiencia probatoria en sistemas de prueba libre*. Universitat Pompeu Fabra - Barcelona (V Trobada UPF-UdG de Teoría del Dret).

Fernández López, M., 2007: «La valoración de pruebas personales y el estándar de la duda razonable», en *Cuadernos Electrónicos de Filosofía del Derecho* (15).

Ferrer Beltrán, J., 2007: *La valoración racional de la prueba*. Madrid: Marcial Pons.

Ferrer Beltrán, J., 2013: «La prueba es libertad, pero no tanto: una teoría de la prueba cuasi-benthamiana», en Vázquez, C., *Estándares de prueba y prueba científica*. Madrid - Barcelona - Buenos Aires - Sao Paulo: Marcial Pons: 21-39.

Ferrer Beltrán, J., 2018: «Prolegómenos para una teoría sobre los estándares de prueba. El test case de la responsabilidad del Estado por prisión preventiva errónea», en Papayannis, D. M. & Pereira Fredes, E., *Filosofía del derecho privado (en prensa)*. Madrid-Barcelona-Sao Paolo-Buenos Aires: Marcial Pons: 401-430.

Findley, K. A., 2018: «Reducing Error in the Criminal Justice System», en *Seton Hall Law Review*, 48 (4): 1265-1318.

Forst, B., 2004: *Errors of Justice. Nature, Sources, and Remedies*. Cambridge-New York: Cambridge University Press.

Garbolino, P., 1997: *I Fatti e le opinioni: la moderna arte della congettura*. Roma: Laterza.

González Lagier, D., 2003: «Hechos y argumentos (racionalidad epistemológica y prueba de los hechos en el proceso penal) (I)», en *Jueces para la Democracia*, 46: 17-26.

González Lagier, D., 2013: *Quaestio facti. Ensayos sobre prueba, causalidad y acción*. México D.F.: Fontamara.

González Lagier, D., 2018: *Prueba y argumentación ¿Es posible formular un estándar de prueba preciso y objetivo? Algunas dudas desde un enfoque argumentativo de la prueba*. Girona (Congreso Mundial de Razonamiento Probatorio).

Haack, S., 2009 [1993]: *Evidence and Inquiry. A Pragmatist Reconstruction of Epistemology*. Amherst, N.Y.: Prometheus Books.

Haack, S., 2014a: «Epistemology and the Law of Evidence», en Haack, S., *Evidence Matters: Science, Proof, and Truth in the Law*. New York, NY: Cambridge University Press: 1-26.

Haack, S., 2014b: «Legal Probabilism: An Epistemological Dissent», en Haack, S., *Evidence Matters: Science, Proof, and Truth in the Law*. New York, NY: Cambridge University Press: 47-77.

Harman, G. H., 1965: «The inference to the Best Explanation», en *The Philosophical Review*, 74: 88-95.

Kaplow, L., 2011: «On the Optimal Burden of Proof», en *Journal of Political Economy*, 119 (6): 1104-1140.

Kaplow, L., 2012: «Burden of Proof», en *The Yale Law Journal*, 121 (4): 738-859.

Laudan, L., 2003: «Is reasonable doubt reasonable?», en *Legal Theory*, 9 (4): 295-331.

Laudan, L., 2005: «The Presumption of Innocence: Material or Probatory?», en *Legal Theory* (11): 333-361.

Laudan, L., 2006: *Truth, error, and criminal law: an essay in legal epistemilogy*. Cambridge: Cambridge University Press.

Laudan, L., 2011a: «¿Es razonable la duda razonable?», en Laudan, L., *El estándar de prueba y las garantías en el proceso penal,* editado por Beguelin, J. R. Buenos Aires: Hammurabi: 119-195.

Laudan, L., 2011b: «Is it Finally Time to Put 'Proof Beyond a Reasonable Doubt' Out to Pasture? », en *The University of Texas School of Law, Public Law and Legal Theory Research Paper Series Number 194*.

Laudan, L., 2011c: «Por qué un estándar de prueba subjetivo y ambiguo no es un estándar», en Laudan, L., *El estándar de prueba y las garantías en el proceso penal,* editado por Calvo Soler, R. Buenos Aires: Hammurabi: 57-86.

Laudan, L., 2011d: «The Rules of Trial, Political Morality, and the Costs of Error: Or, Is proof Beyond a Reasonable Doubt Doing More Harm than Good?», en Green, L. & Leiter, B., *Oxford studies in philosophy of law*. Oxford: Oxford University Press: 195-227.

Laudan, L., 2013a: «La elemental aritmética epistémica del derecho II: los inapropiados recursos de la teoría moral para abordar el derecho penal», en Vázquez, C., *Estándares de prueba y prueba científica,* editado por Maximiliano, A. Madrid - Barcelona - Buenos Aires - Sao Paulo: Marcial Pons: 119-134.

Laudan, L., 2013b: *Verdad, error y proceso penal: un ensayo sobre epistemología jurídica*. Madrid: Marcial Pons.

Laudan, L., 2016: *The Law's Flaws. Rethinking Trials and Errors?* Milton Keynes: Lightning Source.

Laudan, L. & R. J. Allen, 2010: «Deadly Dilemmas II: Bail and crime», en *Chicago Kent Law Review* (85): 23-42.

Nance, D. A., 2016: *The Burdens of Proof*. Cambridge: Cambridge University Press.

Nesson, C., 1985: «The Evidence or the Event? On Judicial Proof and the Acceptability of Verdicts», en *Harvard Law Review*, 98 (7): 1357-1392.

Pardo, M. S., 2013: «Estándares de prueba y teoría de la prueba», en Vázquez, C., *Estándares de prueba y prueba científica*. Madrid - Barcelona - Buenos Aires - Sao Paulo: Marcial Pons: 99-118.

Pardo, M. S. & R. J. Allen, 2008: «Juridical Proof and the Best Explanation», en *Law and Philosophy*, 27 (3): 223-268.

Schauer, F., 2015: *Fuerza de ley*. Lima: Palestra de Rapetti, P. A.

Stein, A., 2005: *Foundations of Evidence Law*. Oxford - New York: Oxford University Press.

Taruffo, M., 2005: «Tres observaciones sobre "Por qué un estándar de prueba subjetivo y ambiguo no es un estándar", de Larry Laudan», en *Doxa: Cuadernos de Filosofía del Derecho* (28): 115-126.

Tuzet, G., 2006: *La prima inferenza: l'abduzione di C. S. Peirce fra scienza e diritto*. Torino: G. Giappichelli.

Doxa. Cuadernos de Filosofía del Derecho, (2020), *43*
e-ISSN: 2386-4702 | ISSN: 0214-8676

# Exceptuando normas: apuntes para un análisis conceptual

## Excepting Norms: Notes for a Conceptual Analysis

Víctor García Yzaguirre

**Autor:**
Víctor García Yzaguirre
Universidad Austral de Chile
Universidad de Génova, Italia
garciayzaguirre@gmail.com
https://orcid.org/0000-0002-4662-2919

**Recibido:** 13-5-2019
**Aceptado:** 4-1-2020

**Citar como:**
García Yzaguirre, Víctor, (2020). Exceptuando normas: apuntes para un análisis conceptual. Doxa. Cuadernos de Filosofía del Derecho, *43*, pp. 427-456. https://doi.org/10.14198/DOXA2020.43.16

**Licencia:**
Este trabajo se publica bajo una Licencia Creative Commons Atribución 4.0 Internacional.

© Víctor García Yzaguirre

**Resumen**

El objeto del presente trabajo es analizar el contenido conceptual de la noción de excepción. Para ello, describiré y analizaré algunas de sus principales conceptualizaciones formuladas desde la teoría del derecho, presentándolas como una discusión entre teóricos del derecho que consideran que las excepciones únicamente dan cuenta de una descripción retórica de los antecedentes de las normas frente a quienes sostienes que esta posee contenido conceptual. Concluiré que la mejor forma de entender qué es exceptuar una norma es como un concepto que permite esclarecer los actos mediante los cuales se reduce el ámbito de aplicación de las normas.

**Palabras clave**: excepciones; norma; estructura de normas

**Abstract**

The purpose of this paper is to analyze the conceptual content of the notion of exception. To do this, I will describe and analyze some of its main conceptualizations formulated from the theory of law, presenting them as a discussion among law theorists who believe that the exceptions only account for a rhetorical description of the background of the norms against those who hold that It has conceptual content. I will conclude that the best way to understand what is to except a norm is as a concept that allows to clarify the acts by which the scope of the norms is reduced.

**Keywords**: exceptions; norms; structure of norms

* Este trabajo se enmarca como tesista del proyecto Fondecyt «Hacia una teoría del stare decisis» (núm. 1180494) concedido por el Conicyt chileno. Agradezco a Álvaro Núñez Vaquero, Leticia Morales, Omar Sar Suárez, José Fernández Cruz, Carla Iuspa Santelices, Pablo Durand Leiva, Patricio Rondini Fernández-Dávila, y a los dos árbitros anónimos de este texto por sus atentas y agudas observaciones, muchas de las cuales sigo adeudando resolver.

## 1. INTRODUCCIÓN

Imaginemos que estamos caminando por un parque y nos topamos con una señal municipal que dice «prohibido aparcar vehículos, salvo ambulancias». En ese momento nuestro acompañante, quien es un teórico del derecho, nos dice «"ambulancia" es la excepción a la norma», ¿qué nos está diciendo con ello?

Julius Stone, en una de sus obras más difundidas, sostuvo que el concepto de excepción era una categoría con referencia ilusoria por carecer de significado. Ello, debido a que consideró que quienes hacen una diferencia entre un requisito de aplicabilidad y una excepción a una norma están realizando una distinción entre objetos que no son diferenciables. No habría, según él, ninguna diferencia entre señalar «si algo es X y no Y, entonces es Z» y «si algo es X, entonces es Z, a menos que Y». Predicar que una norma está exceptuada, en este escenario, solo daría cuenta de un uso retórico sobre cómo describimos el antecedente de una norma[1]. Al respecto, predicar que una propiedad es una excepción, ¿esclarece algún aspecto teórico relevante?

Numerosos teóricos del derecho han propuesto y discutido sobre las diversas conceptualizaciones de la noción de norma, pero no han sido muchos quienes se han propuesto hacer lo mismo respecto a la noción de excepción. Es un problema relevante, pues mediante un adecuado concepto de excepción podemos mejorar tanto nuestras técnicas legislativas como nuestras prácticas de aplicación de normas.

El objetivo del presente trabajo es dar razones para justificar que la noción de excepción nos permite esclarecer aspectos teóricos relevantes sobre la estructura de las normas y las operaciones que realizamos con normas. En este sentido, voy a sostener que la mejor manera de presentar esta noción es formulándola como un verbo, «exceptuar», la cual da cuenta de cómo se introducen nuevas propiedades en una norma con el efecto de reducir el alcance del caso genérico previsto en el antecedente. Para ello, analizaré y criticaré algunas de las principales propuestas de conceptualización de excepción disponibles en la teoría del derecho. En relación a este último punto, cabe precisar que, si bien este es un concepto empleado en todas las áreas del derecho, solo analizaré propuestas de teóricos del derecho[2].

1. Lo mismo sucede en los casos que los aplicadores del derecho separan entre normas que incluyen una excepción de normas que exceptúan a otras. Stone argumentó cómo esta distinción, creada a partir de la idea de identificación, era solo una manera de encubrir la creación de reglas en materia de inversión de la carga de la prueba sin confesarlo o ser transparente en ello. STONE, 1985: 68-71. Cabe anotar que Bentham ya había formulado una advertencia similar. Él propuso contrastar entre «nadie puede exportar trigo si el precio de mercado excede los 44 chelines por libra» con «se puede exportar trigo, a menos que el precio de mercado exceda los 44 chelines por libra». La diferencia entre un limitante y una excepción solo sería una formalidad. Bentham, 1970: 114. Sobre este punto ver Raz, 1986: 78 y ss.
2. Debo precisar que las reconstrucciones de los autores citados serán parciales, en tanto solo analizaré los extremos relevantes al objeto del presente trabajo. Asimismo, no me ocuparé con precisión de la distinción entre excepciones explícitas e implícitas, pues me preocupa aclarar, en este momento, qué ha sido propuesto para entender los casos claros de excepción explícita de las normas. En relación a las propuestas dogmáticas de clarificación de la noción de excepción, su estudio es una tarea pendiente.

A afectos de presentar las diversas propuestas de conceptualización, las voy a ordenar en dos conjuntos: i) aproximación retórica (agrupa a quienes consideran que la noción de excepción esclarece, únicamente, un uso retórico de nuestras descripciones de las normas); y ii) aproximación conceptualista (agrupa a quienes consideran que la noción de excepción esclarece aspectos normativos relevantes de las normas)[3]. Tras ello analizaré brevemente, asumiendo una postura conceptualista, las implicancias de renunciar a la posibilidad de exceptuar normas jurídicas.

## 2. EXCEPCIÓN: ¿TIPO DE NORMA O PARTE ESTRUCTURAL DE LAS NORMAS?

Previo a analizar las propuestas teóricas sobre qué es una excepción (como problema conceptual), es pertinente clarificar qué tipo de problema es identificar una excepción. Entiendo esta pregunta como la duda respecto a si una excepción es un tipo de norma o si dicha noción se emplea para dar cuenta de los componentes de una norma ya identificada.

El análisis conceptual sobre qué son las excepciones está vinculado con diversas discusiones abiertas de teoría del derecho. En particular, es relevante su conexión con los problemas de individualización y estructura de las normas. Los primeros refieren a las discusiones teóricas sobre cómo descomponer el material jurídico de manera de presentar el derecho en unidades que sean calificables de normas jurídicas[4]. La segunda, en cambio, se refiere a las discusiones teóricas sobre cómo están estructuradas las normas identificadas (qué elementos las conforman, cómo están articulados estos elementos, qué implican estos elementos). Ambos temas son interdependientes, pero pretenden responder a preguntas distintas.

Parto por asumir que no existe una forma teórica de exponer la estructura, identidad o individualidad de las normas que sea correcta, en abstracto, por sobre las demás. De lo que disponemos son nociones empleadas para analizar el derecho desde un plano teórico con distintos propósitos. Suponer lo contrario es, como bien señala Honoré, convertirse en víctima de una extraña forma de metafísica analítica[5].

3. Cabe indicar que en la literatura son identificables quienes siguen una aproximación no deductivista de las normas y de las excepciones. No daré cuenta de estos autores, pues se requeriría una exploración de las razones por las cuales se abandona la deducibilidad como medio para generar conclusiones, lo cual excedería nuestros propósitos. Una aproximación diferente a esta problemática puede verse en Andrade, 2018.
4. Bayón, 2003: 290.
5. Honore, 1977, p. 100. Dicho autor ha resaltado el problema de la individualización a partir del uso profesional que realizan los estudiosos del derecho del término norma. En efecto, no se realiza una equivalencia entre un acto de promulgación y una norma, no es lo mismo, necesariamente, una regla que un artículo de una ley. Ni tampoco lo es una regla jurisprudencialmente creada con una sentencia. Lo que hacemos es extraer reglas, no mediante actos de reproducción, sino por actos de individualización empleando material jurídico que puede ser diverso. Honore, 1977: 100-101.

La individualización y la estructuración de las normas refieren a preguntas teóricas diferentes, pero vinculadas estrechamente, pues las respuestas que demos a la segunda esclarecen de los elementos de la primera. Las discusiones sobre la individualización de normas parten de preguntarse cuáles son los criterios que hemos de emplear para determinar qué normas hay dentro de un sistema normativo. En otros términos, engloba las propuestas y debates sobre qué criterios se deben emplear para determinar la identidad de las normas (qué es una norma, qué es un fragmento de norma, qué no es una norma, entre otras)[6].

Las discusiones sobre la estructura de normas, si bien dependen[7] de la respuesta que se dé a la pregunta sobre cómo identificar una norma[8], poseen temáticas propias.

Engloban las propuestas sobre cómo representar una norma, en el sentido de determinar cuáles son sus componentes y cómo se articulan.

Siguiendo a Richard Susskind, la pregunta sobre la estructura busca respuestas de tipo sintáctico, es decir, son discusiones abocadas a determinar qué elementos componen una norma con independencia de su contenido. En cambio, las discusiones sobre la individualización tienen como objetivo establecer el contenido semántico de los elementos constitutivos de las normas. Se refiere, en este sentido, a los criterios que empleamos para dividir el material jurídico en normas, de manera coherente con una teoría sobre qué son las normas[9].

Cabe precisar que el contenido de las discusiones sobre la individualización como de la estructuración de una norma está determinado por el tipo de análisis que hagamos del derecho. En efecto, la elección de una propuesta respecto a los criterios a emplear para identificar normas o para representarlas depende de qué se considere relevante de esclarecer. En cambio, el debate sobre estructura de normas condicionales se ha caracterizado por dos posturas en competición: la concepción puente y la concepción insular de normas[10]. Dados los objetivos del presente documento no profundizaré sobre las diferencias en cada una de estas discusiones[11].

6. Raz, 1986: 97, Hart, 1982: 107.
7. Depende de dos formas: i) se discutirá sobre la estructura siempre que tengamos normas identificadas; y ii) la discusión sobre cómo están estructuradas las normas está condicionada a los criterios de identificación de normas, por cuanto ello determinará qué tipo de información (y cuanta información) se va presentar de forma estructurada.
8. Siguiendo el ejemplo de Raz, podemos tener tres normas con una composición idéntica (pensemos que cada una de estas regula a un tipo de sujeto diferente, pero comparten todas la misma acción y la misma calificación deóntica) y una cuarta que las agrupa todas en contenido. Todas poseen la misma estructura, pero solo la cuarta es la que describe por completo la norma que pertenece al sistema normativo Raz, 1986: 99.
9. Susskind, 1987: 119.
10. Rodríguez, 2005.
11. Adoptaré en este trabajo la concepción puente las normas condicionales representadas de la siguiente forma: (p->Oq). De esta forma el operador deóntico solo afecta el consecuente. Esto quiere decir que el compromiso deóntico asumido bajo esta propuesta es que las normas condicionales son un puente que vincula lo que es (o podría ser) un caso con lo que debe ser. Asimismo, asumiré que las normas validan tanto el refuerzo del antecedente como la regla del *modus ponens*. Al respecto ver Alchourrón, 2010, p. 144. Zuleta, 2008, p. 99.

Las categorías propuestas sobre la estructura de normas pueden ser, a su vez, profundizadas realizado distinciones y subdistinciones entre componentes estructurales y elementos que conforman cada componente. Por ejemplo, Richard Susskind[12] ha formulado una propuesta de componentes de los antecedentes normativos dentro de la concepción puente de las normas. De acuerdo con esta concepción, la estructura general de las normas tiene dos componentes estructurales que forman el enunciado condicional «Si p, entonces q», entendiendo por p el antecedente y por q el consecuente. Dentro de cada uno de estos elementos estructurales podemos identificar «compartimentos»[13] o sub elementos estructurales, de los cuales solo nos interesan (para los efectos del presente trabajo), aquellos contenidos en el antecedente. Cada uno de estos compartimentos da cuenta del tipo de condición o condiciones con los cuales se ha construido el antecedente.

Los compartimentos del antecedente, conforme a esta propuesta, nos permiten representar cuatro tipos de condiciones: i) condición principal, ii) condición alternativa, iii) condición conjuntiva; y iv) condición de excepción[14]. Cada una de estas condiciones puede referir a actos, acciones, eventos o situaciones, es decir, a hechos brutos o institucionales. Esta referencia puede ser, bien positiva (se realizó una acción u ocurrió un hecho), bien negativa (no se realizó una acción o no ocurrió un hecho).

Las nociones de condición principal, alternativa y la conjuntiva de aplicación dan cuenta de todos los hechos o acciones que, de ser verificados en un caso individual, hacen que entonces sea aplicable una norma jurídica (con todas aquellas propiedades que refieran a las acciones y/o hechos que se pretenden regular). En cambio, la noción de condición de excepción refiere a todos los hechos o acciones que, de ser verificados en un caso individual, hace que no sea aplicable la norma[15], en tanto, estarían fuera

12. Susskind, 1987, p. 130.
13. Susskind empleó el término «*tolken*» el cual traduzco, a falta de una propuesta más precisa y elegante, como compartimento.
14. Susskind, 1987: 133. Un antecedente compuesto por una condición principal de aplicación refiere a que se sigue el consecuente de verificarse un hecho o acción (p); una condición alternativa de aplicación refiere a que se sigue el consecuente de verificarse dos hechos o acciones, se den conjuntamente o por lo menos uno de estos (pvq); una condición conjuntiva de aplicación refiere a que se sigue el consecuente de verificarse dos hechos o acciones conjuntamente (p.q); y una condición de excepción de aplicación refiere a que no se sigue el consecuente de verificarse dos hechos o acciones conjuntamente (p.q). Como vemos, el problema está como distinguir entre estas dos últimas condiciones de aplicación.
15. Susskind en este punto sigue la distinción propuesta en Hohfeld, 1991: 43. Dicho autor, para ejemplificar su distinción, no propone pensar en los hechos operativos de un contrato entre A y B. Los afirmativos serían que cada parte sea humana, tenga por lo menos una determinada edad, que una haya ofrecido, que la otra haya aceptado la oferta, entre otros. Los negativos serían que A haya inducido dolosamente a error a B o que A no haya revocado su oferta. Precisamos que la referencia «afirmativa» y «negativa» de los hechos operativos no refiere a si el hecho debe ser positivo (de hacer o existencia) o negativo (de omitir o ausencia), pues tanto el afirmativo como el negativo podrían estar compuestos por cualquier hecho positivo o negativo o una combinación de estos.

de su alcance[16]. Pero esto solo nos devuelve al problema que nos propuso Stone: ¿hay diferencia entre estas condiciones o es solo retórica?

Para ilustrar este punto voy a seguir un ejemplo propuesto por Neil MacCormick[17]: una persona contrata un barco para el transporte de mercancías, y en su travesía la embarcación se hunde, de lo que se sigue que no puede entregar las mercancías conforme a lo pactado en el contrato. Al respecto, cabe anotar que la regulación vigente para el caso establece que en supuestos de incumplimiento sin culpa (o frustración no autoinducida) del contrato, no se genera responsabilidad civil.

¿Cómo podríamos representar la norma que regula la responsabilidad civil de contratos incumplidos? Consideremos el siguiente enunciado: «el contratista que incumple su contrato tiene la obligación de pagar una indemnización». Formalmente esto se representa así:

$$(p \rightarrow Oi)$$

La p representa el hecho de que una persona que contrató con otra incumplió con sus deberes contractuales[18]. La Oi representa la obligación de pagar la indemnización. Esta representación, como vemos, está incompleta. Para que se siga el consecuente tiene que ser el caso que no se haya dado una frustración autoinducida[19]. Esto nos lleva a la siguiente representación.

$$((p.\neg r) \rightarrow Oi))$$

La r representa el hecho de que la frustración del contrato haya sido autoinducida. El operador (¬) representa la negación, por lo que ¬r quiere dar cuenta de que no hubo frustración de contrato autoinducida. En este punto cabe resaltar que las propiedades del antecedente (p.¬r) operan como conjunción, es decir, se deben dar ambas en el caso para que se siga el consecuente.

16. Como bien han señalado Moreso y Navarro (Moreso y Navarro, 1996) el término «aplicabilidad» es ambiguo, pues puede ser entendido como aplicabilidad interna (o alcance), o como aplicabilidad externa (o fuerza). En este sentido, una norma es internamente aplicable a un caso particular siempre que este sea una instanciación o ejemplificación del caso genérico contenido en el antecedente de la norma. En cambio, una norma es externamente aplicable a un caso individual siempre se satisfagan conjuntamente las siguientes condiciones: i) sea internamente aplicable; y ii) otra norma N2, perteneciente al sistema jurídico, ordene al aplicador del derecho a emplear N1 en la justificación de sus decisiones cada vez que estén frente a una ejemplificación del caso genérico C. En adelante al hablar de aplicabilidad la entenderé como aplicabilidad interna.
17. MacCormick, 2016, p. 405, MacCormick, 1995: 104. Se inspiró en el caso Joseph Constantine Steamship Line Ltd. v. Imperial Smelting resuelto por la House of Lords Appeal Committee del Reino Unido.
18. Otra forma de representar esta proposición es (¬p->Oi) donde p representa el hecho de que una persona que contrató con otra cumplió con sus deberes contractuales, de manera que al negar esto con el operador (¬) estamos diciendo que la persona no cumplió con sus deberes contractuales. Dado que el punto a esclarecer en este momento es cómo representar una propiedad que opera como excepción, me ha parecido que genera mayor claridad que no todas las propiedades del antecedente se representen como negativos.
19. Otra forma de representar «no se haya dado una frustración autoinducida» es señalar «culpa», pero esto no me permitiría hacer más clara la idea a explicitar mediante la formalización.

En la representación ((p.¬r)→Oi)) no es posible identificar condición de excepción del resto de condiciones, pues tanto la p como la ¬r operan en conjunción. En el lenguaje natural una excepción podría ser presentada empleando un «pero» o un «a menos que» a efectos de introducir una conjunción adversativa entre dos elementos oracionales. Ello no puede ser capturado por la conjunción lógica la cual, en el lenguaje natural, da cuenta en su versión incluyente de la «y» (como conjunción copulativa) y en su versión excluyente de la «o» (como conjunción disyuntiva). En un antecedente, de esta forma, desde el plano lógico un «pero» es tratado de la misma forma en que se trata una «y»[20]. En este sentido, la distinción entre una excepción y el resto de condiciones es algo de lo que no podemos dar cuenta desde una aproximación lógica[21].

Este ejemplo nos pone de relieve otro aspecto a clarificar: la ¬r (asumamos, por el momento, que esta es una excepción), no tiene el efecto de negar las otras propiedades. La diferencia entre negar una propiedad de exceptuar una norma es la misma que hay entre «yo no lo hice» con «lo hice, pero…», la primera implica negar un hecho, la segunda, en cambio, refiere a aceptar el hecho, pero que este es concurrente con otros hechos que le exoneran de responsabilidad (o, en términos más abstractos, hacen inaplicable la consecuencia normativa).

Este efecto inaplicador puede ser esclarecido si consideramos la idea de «palabras excluidoras» de Roland Hall[22], quien a su vez desarrolla la distinción de J. L. Austin entre palabras usadas para negar y usadas para oponer[23]. Hall está dando cuenta de los usos habituales de palabras que informan a manera de descarte, por ejemplo, «real», «civil» o «bárbaro». Estas son usadas, principalmente, de manera negativa, es decir, para excluir caracterizaciones, modos o manifestaciones ajenos a los que se pretende aludir. Estas no niegan la existencia de un hecho, sino que se usan para excluir la aplicabilidad de ciertas propiedades en determinados contextos. Conforme a los ejemplos, «civil» se emplearía para excluir a eclesiástico o militar, «real» para excluir a imaginario o figurativo («tigre real», por ejemplo, informa que no estamos ante un tigre de juguete o el dibujo de un tigre) y «bárbaro» era empleado en tiempos clásicos para hablar de no griegos y, posteriormente, no romanos. En breve, excluidor refiere al uso de una palabra no para denotar una propiedad positiva, sino para excluir propiedades y contextos de uso.

20. MacCormick, 2016: 407. Cabe anotar que «la práctica de la diferente asignación de cargas de la prueba no puede estar exigida lógicamente por la supuesta diferencia en los tipos diferentes de condición jurídica. Pues no difieren lógicamente». MacCormick, 2016: 406. Sin perjuicio de lo anotado, la lógica si nos permite dar cuenta del tipo de actividades que hemos realizado para incorporar la ¬r en el antecedente, es decir, si nos podría esclarecer lo que hacemos al momento de exceptuar una norma. Pero sobre esta idea volveré más adelante.
21. Cabe resaltar que otra forma de enfrentar esta situación es cambiando de lógica, pero sobre este punto no profundizaré. A efectos de un ejemplo ver Prakken, 1997: 33 y ss.
22. Hall señala que son palabras caracterizadas por: i) atribuir opuestos; ii) descartar algo sin agregar ellas mismas información adicional sobre el objetivo; y iii) reducen el grado de ambigüedad contextual (descartan contextos de uso del término). Hall, 1959: 1.
23. Austin, 1975: 181, Austin, 1981: 98.

La concurrencia de las excepciones con el resto de propiedades prevista en el antecedente opera de manera análoga a este uso exclusorio de las palabras: su uso no niega la existencia de la ocurrencia de un hecho, sino que se opone a que se aplique un determinado predicado[24]. No dan cuenta de la ausencia de hechos, sino que refieren a que un hecho H1 sucedió de manera concurrente con un hecho H2, y que el efecto de haber verificado H2 es de oponerse a que se pueda hacer inferencias prácticas de haber verificado H1[25].

Esta conclusión nos devuelve a la propuesta estructuralista de Susskind la cual nos sirve para poner de relieve algunos puntos problemáticos. Esta propuesta tiene el acierto de proponernos un esquema de clasificación a emplear sobre condiciones del antecedente, el problema es que no ofrece ni reenvía a ninguna propuesta de criterios de identificación de estas condiciones. Susskind ha formulado sus tesis a partir de un análisis lógico-formal que señala, sin demostrar que hay diferencias entre una condición de aplicación conjuntiva y una de excepción. En este sentido, esta propuesta es una invitación a preguntarnos: ¿cómo podríamos identificar una condición de excepción? Si no es posible identificarla mediante un análisis lógico, ¿qué tipo de análisis debemos realizar?

## 3. EXCEPCIONES: ENTRE USOS RETÓRICOS Y PROPUESTAS CONCEPTUALES

La discusión teórica sobre la identificación de condiciones de excepción se ha caracterizado por el antagonismo entre dos posiciones: por un lado, quienes consideran que el uso del término «excepción» es solo una forma de hablar, pues exceptuar no es otra cosa que no aplicar una norma por estar fuera de su alcance; por el otro, quienes consideran que el término «excepción» refiere a conceptos que nos permiten esclarecer rasgos distintivos de algunas condiciones del antecedente. Veamos algunas de estas propuestas:

24. En relación a este efecto exclusorio es pertinente poner de relieve, a efectos de precisión, la diferencia entre justificación y excusa de la acción. Por justificación de la acción, siguiendo a Austin, entiendo los actos de aceptación responsabilidad por un acto, pero negamos que esta sea contraria al sistema normativo. En cambio, excusa refiere a la aceptación de que se cometió una acción contraria al sistema normativo, pero que esta es concurrente con otras acciones o eventos que exoneran de responsabilidad. Austin, 1975: 172. Esta distinción se aclara si consideramos el rol del afectado: si un acto está excusado, entonces la víctima tuvo todo el derecho de resistirse al daño. En cambio, si un acto está justificado, entonces no hay víctima, pues la persona afectada no tuvo derecho a resistirse al acto. Hablar de efecto exclusorio de las excepciones, conforme a estas nociones, es hablar de excusas. Cabe indicar que la distinción entre justificación y excusa no ha estado libre de discusión, por ejemplo: Greenawalt, 1986.
25. Cabe insistir que estamos en el plano de usos del lenguaje. La noción de palabra exclusoria refiere a su uso, no a su contenido semántico. Sin embargo, como bien señala Hall, podemos emplearla como definición o explicación de un objeto, pero esa aproximación no capturaría eso que pretendemos hacer cuando la usamos. Hall, 1959: 5.

### a. Aproximación retórica

De acuerdo con este primer conjunto de propuestas las excepciones son reducibles a elementos en el antecedente que especifican las propiedades que deben verificarse para aplicar la norma. En este sentido, aquí se agrupan a todos aquellos que sostienen que el término «excepción» es solo un recurso retórico explicativo para dar cuenta de los antecedentes, pero sin contenido conceptual propio. Al respecto, paso a reconstruir las propuestas de Glanvile Williams y Frederick Schauer al ser claros ejemplos de este conjunto.

#### *i. Excepciones como delimitaciones del antecedente*

Glanville Williams, en un célebre artículo[26], nos propone contrastar dos casos. Para el primero pensemos en el caso de una persona que tiene acceso carnal con otra sin su consentimiento, por lo que la fiscalía exige la aplicación de la norma que prevé el delito de violación sexual. Para el segundo imaginemos a una persona que agrede físicamente a otra, ante lo cual la agredida requiere la aplicación de la norma que prevé el delito de lesiones.

En el primer caso la fiscalía debe demostrar la ausencia de consentimiento. En el segundo, la pretensión se sostiene, explícita o implícitamente, sobre la premisa de que la agresión sucedió sin la concurrencia de una causa de justificación, como podría ser la legítima defensa. ¿Estos casos son normativamente diferentes?

En el segundo caso una de las maneras del acusado para no padecer las consecuencias jurídicas del delito de lesiones es demostrar la aplicabilidad de la legítima defensa, pues su efecto conllevaría la no aplicación del consecuente (sanción penal). De esta forma, la legítima defensa, comenta Williams, parecería una excepción. Ahora bien, ¿acaso esta no opera como un elemento negativo de la norma, como lo es la ausencia de consentimiento en el caso de violación?[27] Una lesión, de esta forma, no es otra cosa que una agresión física a otra persona no motivada por la legítima defensa.

La acusación por violación es por sexo sin consentimiento; la acusación por lesión se basa en una agresión física. Pero esta última no es cualquier acción agresiva, sino que cuenta aquella efectuada de manera ilegal. De esta forma, el elemento «ilegal» es una propiedad integrante de la definición de lesión, es decir, implica que la persona acusada no actuó conforme a ninguna causal eximente de responsabilidad. La legítima defensa, entonces, se explica como una condición necesaria (y negativa, es decir no ocurrió una hecho o acción) del antecedente de la norma (en este caso, de la norma que prevé un delito)[28]. Dicho en breve, a partir de esta aproximación de Williams,

26. Williams, 1988: 276-77.
27. Williams, 1988: 279.
28. Williams, 1988: 279.

las excepciones no son otra cosa que delimitadores (o especificaciones) del ámbito de aplicación de las normas[29].

Williams sostuvo que buscar la línea que divide la excepción del resto de condicionales es como buscar en un cuarto oscuro un gato negro que no está ahí, pues las excepciones no poseen ningún rasgo característico: son meras construcciones lingüísticas[30]. Las excepciones son solo condiciones negativas del antecedente de una norma[31]. Si no es posible separar las excepciones del resto de condicionales, entonces las excepciones no tienen identidad propia[32]. De esta forma, una excepción es solo recurso retórico al momento de delimitar el ámbito de aplicación de una norma. Son, en este sentido, fragmentos del antecedente, sin características diferenciables.

La propuesta de Williams refleja las consecuencias de aplicar una representación lógica de las normas. Esta propuesta, para los fines del presente documento, es valiosa por dos razones: i) la noción de excepción puede ser empleada para clarificar un uso emotivo del lenguaje (tiene incidencia en una argumentación pragmática, a efectos de generar persuasión en el aplicador del derecho al momento de analizar la aplicabilidad de una norma); y ii) permite mostrar el rendimiento explicativo de la aproximación lógica sobre esta materia. Sin perjuicio de ello, hay aspectos relevantes que no están siendo esclarecidos como, por ejemplo, la diferencia entre los actos necesarios del demandado para que no sea aplicable la norma o la diferencia entre señalar «no hice» y «lo hice, pero…», anotada líneas atrás.

### *ii. Excepción como reformulación normativa*

Frederick Schauer ha desarrollado una aproximación propia de qué es una excepción (en un sentido conceptual). Previo a profundizar el punto, hay que precisar qué entiende por norma. Este autor sostiene que las normas están compuestas por dos niveles: a) nivel prescriptivo o generalización de una justificación que posee una prescripción (norma condicional que contiene una orden o prohibición de realizar una acción); y b) nivel justificativo o de razones que sustentan las normas (justificación o propósito de las mismas, en adelante razones subyacentes)[33]. En este sentido, la formulación

29. Williams, 1988: 278.
30. Williams, 1988: 278.
31. Cabe resaltar que Alchourrón ha desarrollado una propuesta muy relevante en relación a cómo dar cuenta de la reducción del alcance de las nromas desde una aporixmación lógica. Este autor analizó la idea de norma derrotable como una norma compuesta por un antecedente compuesto por condiciones explícitas y presupuestos implícitos. En este sentido, hemos de representar las normas incorporando un operador de revisión (*f*) en el antecedente que de cuenta de dichos elementos, los cuales operan, conjuntamente, como una condición suficiente para el antecedente. Dada la complejidad de esta discusión profundizaré sobre ella en otro momento. Al respecto ver los textos contenidos en Alchourrón, 2010.
32. Desde esta aproximación, entonces, en la estructura de las normas no cabría diferenciar entre condiciones conjuntivas y condiciones de excepción (en clave de Susskind), pues solo tendríamos los primeros. Sobre este punto volveré líneas más adelante.
33. Schauer, 2004: 98.

prescriptiva de la norma es una generalización de un propósito o justificación. De esta forma, la selección de propiedades (entendidas como identificadores de estados de cosas o de acciones) con las que construimos un antecedente de la norma está determinada por esta justificación (en otros términos, una norma sería una especificación de una justificación).

Al momento de analizar si una norma es aplicable a un caso individual puede suceder uno de los siguientes escenarios:

1) El caso individual está dentro de los usos lingüísticos de los términos empleados en el nivel prescriptivo y del ámbito de aplicación de las razones subyacentes.
2) El caso individual está dentro de los usos lingüísticos de los términos empleados en el nivel prescriptivo y fuera del ámbito de aplicación de las razones subyacentes.
3) El caso individual no está dentro de los usos lingüísticos de los términos empleados en el nivel prescriptivo, pero sí dentro del ámbito de aplicación de las razones subyacentes.
4) El caso individual está fuera de los usos lingüísticos de los términos empleados en el nivel prescriptivo y del ámbito de aplicación de las razones subyacentes.

El primer y cuarto caso son supuestos de aplicación y no aplicación respecto de los cuales no hay controversia. El segundo y tercer supuesto son casos en los que el antecedente contiene una inadecuada especificación del nivel justificativo. Schauer llama a estos supuestos «experiencias recalcitrantes»[34] o casos en los cuales tenemos razones fundadas en las razones subyacentes de la norma para variar el veredicto que se obtendría de aplicar el nivel prescriptivo. Estas se clasifican en supraincluyentes e infraincluyentes.

Las experiencias recalcitrantes supraincluyentes son aquellas en las cuales el caso individual es subsumible en el nivel prescriptivo, pero no es cubierto por el ámbito de aplicación del nivel justificativo. En este primer grupo de casos la controversia surge dado que el antecedente debería incluir más propiedades a efectos de que no regule el caso individual. Las experiencias recalcitrantes infraincluyentes, en segundo lugar, son aquellas en las cuales el caso individual no es subsumible en el nivel prescriptivo, pero sí es cubierto por el ámbito de aplicación del nivel justificativo. En estos casos el antecedente debe eliminar propiedades a efecto de ampliar el ámbito de aplicación en aras de regular todos los supuestos para los cuales fue formulada la dimensión prescriptiva.

Paso ahora a analizar si la noción de excepción esclarece estos puntos teóricos o no, en específico, las experiencias recalcitrantes supraincluyentes. Para Schauer existe una conexión entre la disponibilidad de herramientas lingüísticas por parte de los operadores y el uso del término «excepción». El nivel prescriptivo de las normas, esto es, su formulación lingüística, puede ser redactado de manera adecuada o inadecuada para captar el nivel justificativo. En aquellos casos que los operadores jurídicos consideren que la

34. Schauer, 2004: 98.

formulación que es inadecuada, –es decir, carece de palabras adecuadas para delimitar el ámbito de aplicación de una norma[35]– entonces harán uso de «excepciones» a efectos de que la regulación sea precisada respecto a los fines que se pretenden alcanzar. Bajo esta línea, la existencia de una excepción no es enteramente un producto de la casualidad lingüística, sino de la necesidad por expresar objetivos mediante palabras precisas (productos lingüísticos en términos de Schauer)[36].

De acuerdo a esta propuesta, el uso de la noción excepción es meramente instrumental[37], pues es dependiente de la interpretación que realice el operador de los términos contenidos en la formulación normativa. Si los usos lingüísticos y la estructura conceptual vigente de los términos empleados en el antecedente de la norma reflejan el mundo como ellos desean verlo (conforme a cómo entienden la dimensión justificativa) entonces no requerirán de usar «excepciones» para precisarlo. En cambio, cuando consideren que no es así, recurrirán al uso de excepciones.

La consecuencia de entender las excepciones de esta forma es que pierde sentido hacer una distinción entre una excepción de lo que se está exceptuando. No hay diferencia entre: i) señalar que la propiedad p contenida en el antecedente de una norma no es aplicable a una acción x; y ii) expresar que el antecedente de una norma está compuesto por la propiedad p y la exclusión de la acción x (representado como p.¬x). En el primer caso tenemos una norma N1que no regula un determinado supuesto; en el segundo caso tenemos una norma N2 cuyo antecedente es distinto, pero tiene el mismo ámbito de aplicación que N1. Ambas dicen lo mismo; solamente estamos eligiendo una forma distinta de explicarlo. Así, para Schauer, el concepto de excepción es vacío, pues no resultaría ser un concepto analíticamente diferente de la posibilidad de introducir en el sistema normativo una prescripción nueva por parte de los aplicadores del derecho (reemplazar N1 por N2, por ejemplo)[38].

El autor analiza dos reglas para ejemplificar su tesis: i) la prohibición de aparcar vehículos en un parque (la cual refleja el objetivo de promover de la seguridad); y ii) la prohibición de ingresar con perros a un restaurante (la cual refleja el objetivo de prevenir disturbios en este tipo de espacios). Pensemos en circunstancias en que el intérprete considere que es necesario introducir una excepción: una ambulancia atendiendo una emergencia para la primera regla, y un perro lazarillo acompañando a un ciego para la segunda. En estos casos puede que le exijamos al aplicador del derecho que (asumiendo una interpretación literal de cada disposición), introduzca una excepción a las reglas no previstas en su literalidad. En este punto Schauer postula un criterio normativo para la introducción de excepciones: ¿cuándo debemos considerar que una excepción

35. He elegido esta redacción a efectos de guardar fidelidad con la exposición de Schauer, pero considero que el problema no está focalizado en la elección de palabras sino en la de códigos hermenéuticos mediante los cuales se elige o crea las normas.
36. Schauer, 1991: 878.
37. Schauer, 1991: 879.
38. Schauer, 1991: 893.

es necesaria y cuándo no? Para Schauer debemos verificar que exista consistencia entre la prescripción normativa y la razón subyacente[39].

De existir inconsistencia entre la prescripción normativa y la razón subyacente, entonces tendríamos una razón para modificar la que se consideraba que, hasta ese momento, era la prescripción normativa[40]. Hablar de excepciones solo sería un uso distractor de palabras, pues es solo otra forma para señalar que estamos reformulando la dimensión prescriptiva para adecuarla a la dimensión justificativa[41] (pero en este supuesto, estaríamos aplicando la misma norma).

Cabe precisar que Schauer solo ha analizado el supuesto en el que una prescripción no sea coherente con su justificación. Dicho autor no ha analizado el supuesto en que una prescripción no sea coherente con otra norma del sistema normativo (o de otro sistema normativo aplicable y normativamente relevante para el caso). Dicho escenario fue analizado y teorizado por Claire Oakes Finkelstein quien, empleando el mismo marco conceptual, considera que la noción de excepción sí es útil para esclarecer las experiencias recalcitrantes.

Esta autora nos resume adecuadamente la postura de Schauer en dos hipótesis: a) hablar de excepciones es una preocupación estética y no conceptual; y b) las circunstancias que generan excepciones son especificaciones de la dimensión justificativa de la misma norma. En breve, de acuerdo a esta concepción, las prescripciones se han tragado las excepciones, pues todo es parte de un solo antecedente[42]. Más preciso aun: introducir una «excepción» sería equivalente a modificar la prescripción a la luz de sus razones subyacentes[43].

Solo serían excepciones, desde este punto de vista, todas aquellas modificaciones a la prescripción que son realizadas considerando las razones subyacentes al momento de aplicar la regla a un caso concreto. ¿Es posible, entonces, diferenciar entre una modificación de la prescripción y la noción de excepción?

Pensemos en el caso en el que la razón subyacente de una norma N1 ha entrado en conflicto con la razón subyacente de una norma N2, y el conflicto es solucionado dándole prioridad a esta segunda razón subyacente (N2). Esto se traduce, normativamente, en que el antecedente de la norma N1 debe introducir una limitante que excluya la acción o hecho que será regulado por la norma N2. La noción de excepción daría cuenta de este tipo de casos: reducir el ámbito de aplicación de la prescripción como consecuencia de una ponderación entre razones subyacentes[44].

39. Schauer, 1991: 894.
40. Schauer, 1991: 894.
41. Schauer, 1991: 895.
42. Finkelstein, 2000: 507.
43. Finkelstein, 2000: 511. Cabe precisar que esta aproximación de las excepciones solo se sigue de comprometernos con un modelo transparente o permeable de las normas y no con un modelo opaco. Schauer, 1998: 236-37.
44. Finkelstein, 2000: 511. Tendríamos dos momentos: i) identificar que para el caso individual la razón subyacente de la norma no da justificación para aplicar a consecuencia jurídica; y ii) a mérito de lo anterior,

En este contexto, Finkelstein considera que Schauer nos pide hacer una distinción entre una situación limitante (que reduce el ámbito de aplicación de la consecuencia jurídica) prevista y agregar una nueva situación limitante en el antecedente. La primera es un elemento ya existente en la norma (es una especificación de la razón subyacente). La segunda, en cambio, si entendemos por nueva a una condición que no resulta de la especificación de la razón subyacente de la norma, sino de otra, entonces refiere a modificación de la norma[45].

De este modo, para Schauer hablar de excepciones es lo mismo que hablar de cambiar las prescripciones, en consideración de un caso individual, en aras de generar mayor precisión respecto a cómo traducir las razones subyacentes en una estructura condicional y prescriptiva[46] –es decir delimita el uso del término «excepción» únicamente a un supuesto de deficiencia interna[47]–. Ahora bien, ello dejaría fuera a los escenarios de deficiencia externa, es decir, aquellos casos en los que la regla es superada por exigencias externas tanto a la formulación normativa como a las razones subyacentes. Conforme a lo expuesto, el marco teórico de Schauer puede ser empleado para justificar la distinción entre una excepción y el resto de condiciones siempre que estemos en casos de deficiencia externa. Si bien expresamente el autor ha tratado de sustentar lo contrario, de sus propias tesis es posible formular reconstrucciones teóricas que permiten justificar la diferencia señalada. En ese sentido, es posible sostener que las tesis *schauerianas* no son propias de una aproximación retórica, sino conceptualista.

### b. Aproximación conceptualista

De acuerdo con este conjunto de tesis, las excepciones no son reducibles a elementos negativos en el antecedente de la regla. Para quienes adoptan esta postura las excepciones poseen un contenido conceptual propio que les diferencia de otros condicionantes del antecedente. Al respecto, paso a reconstruir las propuestas de Claire Oakes Finkelstein, Luis Duarte d'Almeida y Bruno Celano al ser claros ejemplos de este conjunto.

Cabe volver a precisar que quienes sostienen una aproximación retórica no ven contenido conceptual en las excepciones, pues se compartan igual que el resto de condiciones: limitan el ámbito de aplicación de la norma. En cambio, quienes sostienen una aproximación conceptualista consideran que «excepción» posee contenido conceptual

reformular el ámbito de aplicación de la norma para que esta capture de manera más adecuada a la razón subyacente.

45. Finkelstein, 2000: 512.

46. Finkelstein, 2000: 514.

47. «Cuando una regla no es aplicable en aquellos casos en los que la justificación para esa regla es inaplicable, ella se vuelve inaplicable en virtud de una deficiencia interna (…) una regla es vulnerable a las deficiencias internas cuando resulta inaplicable sobre la base razones exclusivamente vinculadas con la aplicabilidad de las justificaciones que subyacen a la propia regla». Schauer, 2004, p. 179.

clarificador de los antecedentes de las normas, pero no identificable mediante el análisis lógico-formal, sino en otros tipos de análisis de las normas.

### *i. Excepciones como resultado de conflicto entre razones subyacentes*

Finkelstein, como ya he señalado líneas atrás, ha formulado una propuesta de conceptualización de excepción a partir de las ideas de Schauer. Esta autora se va enfocar, principalmente, en desarrollar la siguiente idea: las razones subyacentes pueden entrar en conflicto y ser superadas mutuamente –no generando el resultado del conflicto la invalidez de una razón subyacente–[48].

Una de las posibles soluciones del conflicto entre razones subyacentes es crear excepciones: incluir nuevas propiedades en el antecedente de una de las prescripciones a efectos de reducir su ámbito de aplicación. En otros términos: se excluye de su regulación a cierto tipo de casos genéricos[49].

Para esta autora la mejor manera de entender lo que es una excepción es a partir de la idea de deficiencia externa, es decir, considerando un conflicto entre una regla con otro elemento normativo diferente de las razones subyacentes de la regla[50]. Las excepciones, desde esta aproximación, son resultados de un conflicto entre razones subyacentes incompatibles. De esta manera, en caso de una deficiencia externa de la norma, el aplicador del derecho no aplica la norma, pero esta no deja de pertenecer al sistema normativo, sino que solo pierde aplicabilidad[51]. De este punto de vista, para la autora debemos realizar (usando el instrumental teórico de Schauer) la siguiente distinción conceptual[52]:

48. Finkelstein, 2000: 514. Sobre este apartado debemos hacer dos precisiones: i) los principios operan como razones subyacentes a las reglas; y ii) entendemos que en caso de una regla entre en conflicto con un principio el operador resuelve una antinomia entre el principio que sustenta la regla y el principio con el que se ha generado el conflicto.
49. Finkelstein sostiene que una excepción debe ser creada en todos aquellos casos en los que la prescripción aplicable ya no puede determinar el resultado en concordancia con otra norma. Finkelstein, 2000: 514.
50. La autora precisa en este punto que, dependiendo de si se está de acuerdo con la tesis *dworkiniana* respecto a que los principios carecen de excepciones al no ofrecer aplicaciones concluyentes para la resolución de casos, entonces podremos hablar de conflictos entre reglas (postura que acepta la aludida tesis) o conflicto entre una regla y un principio (postura que no acepta la aludida tesis) Finkelstein, 2000: 515.
51. A este punto Finkelstein considera que si asumimos que las reglas pueden entrar en este tipo de conflicto y que diferentes reglas pueden tener diferentes propósitos, entonces la conclusión de Schauer para considerar que toda excepción es un cambio de regla debido a una deficiencia interna no nos dice mucho. Finkelstein, 2000: 516. Si las deficiencias de las normas fuesen solamente internas, no tendría sentido, desde esta aproximación, hablar de excepciones, pero no son el único escenario.
52. Finkelstein, 2000: 530-31.

a) Condiciones limitantes como requisitos[53]: da cuenta de las condiciones limitantes del ámbito de aplicación de la prescripción cuya incorporación se justifica en la razón subyacente de la misma norma.
b) Condiciones limitantes como excepciones: da cuenta de las condiciones limitantes del ámbito de aplicación de la prescripción cuya incorporación se justifica en razones subyacentes de otras normas.

Si Finkelstein está en lo correcto, entonces la representación de Williams de las excepciones como delimitadores de la norma (esto es, como condiciones negativas del antecedente) no es adecuada. Retomo los casos indicados líneas atrás: cómo diferenciar el no consentimiento en un caso de violación sexual de agresión no legal en un caso de lesiones. Desde esta aproximación conceptualista basada en la justificación de cada propiedad no podrían ser equiparables las condiciones negativas en un caso de violación con las de lesiones, desde el plano de justificación de la norma. En efecto, cada una de estas representaría la generación de razones subyacentes distintas (más preciso, del resultado de conflicto entre razones subyacentes).

Desde esta aproximación, las normas penales (por señalar un ejemplo) se construyen de manera que reflejen adecuadamente finalidades legislativas (regulación de la conducta, protección de bienes jurídicos, entre otros)[54]. Lo mismo con las excepciones, las cuales serían fragmentos de la norma que incorporan el cumplimiento simultáneo de otras finalidades legislativas al momento de aplicación de la norma. La distinción entre una excepción y el resto de condiciones, en este sentido, está en el plano de qué razón subyacente justificó su incorporación en el antecedente de la prescripción[55].

### *ii. Excepciones como resultado de la distribución de la carga de la prueba*

Luis Duarte d'Almeida ha ofrecido razones para considerar que es problemático no distinguir entre excepciones y condiciones negativas de la norma, pues no hacerlo induce a confusión[56]. Este autor, a partir de un estudio sobre cómo los procedimientos judiciales inciden en la aplicabilidad de las normas, realiza dos distinciones relevantes para entender la estructura de los antecedentes. En primer lugar, diferencia entre circunstancias positivas y negativas: «circunstancia positiva» se refiere a la descripción de la ocurrencia de ciertos eventos; en cambio «circunstancia negativa» se refiere a la descripción de la no ocurrencia de ciertos eventos.

53. En este punto he variado la nomenclatura empleada por Finkelstein a efectos de adecuarla a los términos que empleo en el presente documento.
54. Finkelstein, 2000: 531.
55. Como bien anotó un árbitro de este texto, la justificación de la introducción de una nueva propiedad (la excepción) sería un problema dogmático y no teórico. Sin embargo, la identificación de qué propiedades son excepciones si es un problema teórico.
56. DUARTE, 2015: 6.

En segundo lugar, diferencia entre P-*Facts* y D-*Facts*: «P-*Facts*» se refiere a la conjunción de todas aquellas circunstancias (positivas o negativas) que, de ser probadas, hacen que una determinada decisión a favor del demandante se considere justificada; por su parte «D-*Facts*» se refiere a la disyunción de circunstancias (positivas o negativas) que, de ser probadas, son suficientes para prevenir que la decisión a favor del demandante esté justificada[57]. Así lo que necesita el demandante para que se decida, justificadamente, a favor suyo, es ofrecer la prueba de todos los P-*Facts* (en adelante P), sean estas circunstancias de tipo positivo o negativo. Pero si el demandando logra probar un solo D-*Fact* (en adelante D), entonces no se sigue la conclusión a favor del demandante.

Duarte, con este punto, pretende identificar condiciones de excepción. En este sentido, las excepciones son las D, es decir, aquello que, de ser probado, hace injustificado que se decida a favor del demandante (dicho al revés, hace que esté justificado decidir a favor del demandado). El punto es representado por Duarte usando dos enunciados a demostrar: i) «si está probado P y no está probado ningún D, entonces está justificado decidir a favor del demandante»; y ii) «si está probado P y está probado D, entonces está justificado decidir a favor del demandado»[58].

Una circunstancia X puede ser probada o no probada, y lo mismo puede decirse de su negación[59]. En este sentido, nuestras posibilidades de prueba respecto de X son: X está probado; ¬X está probado; X no está probado; o ¬X no está probado[60]. De estas posibilidades es relevante resaltar la diferencia entre «lo no probado» de «haber probado que algo no ocurrió»: como una negación externa (no se ha probado D) y como una negación interna (se ha probado ¬D), respectivamente.

Para Duarte, la noción de excepción se explica adecuadamente empleando «no está probado ningún D», es decir, entendiéndola como una negación externa (no se ha probado D). Como bien ejemplifica el autor, un aplicador del derecho no puede conceder una compensación por incumplimiento contractual en caso que algún D sea probado. La prueba de D hace inviable decidir a favor del demandante de manera justificada[61]. En efecto, para que se decida justificadamente a favor del demandante, además de haber probado P, tiene que ser el caso que ninguna D haya sido probada[62].

57. Duarte, 2015: 17. Dicho de otro modo, que la decisión a favor del demandado esté justificada.
58. Duarte, 2015: 52.
59. En este punto Duarte no aclara qué quiere decir con probar que un hecho no ocurrió. Sin perjuicio de ello, asumiré, a efectos de no desviar la atención de los puntos de interés sobre su texto, que esta es una forma de expresar la prueba de hechos incompatibles con X, de manera que no sería posible que X haya ocurrido.
60. Duarte, 2015: 53.
61. Duarte, 2015: 54.
62. En este punto Duarte precisa, adecuadamente, que predicar que no está probado P a efectos de que esté justificado decidir a favor del demandante (asumiendo que ha probado P) tiene dos implicaciones considerando la negación externa e interna de D:
    1. Decir que si D está probado entonces el juez no puede decidir a favor del demandante, es decir, no puede ser el caso que simultáneamente se haya probado P y D y esté justificado decidir a favor del demandante. Este fraseo captura la negación externa de D: el juez deberá decidir a favor del demandante si es el caso que este probó P y no está probada ninguna D.

En relación a esta última idea, el demandante requiere de la conjunción de tanto P como de la no prueba de D. En otros términos, «Si P está probado y no está probado D, entonces está justificado decidir a favor del demandante»[63].

Pero también puede ser el caso que el demandante haya podido probar ¬D. Esta última posibilidad es esclarecida mediante la negación interna de D. Estos casos son entendidos como parte del conjunto de circunstancias (positivas o negativas) que, de ser probadas, generan que esté justificado decidir a favor del demandante (pero esta sería una forma encubierta de llamar a un elemento de P).

A partir de estos puntos, Duarte formula su propuesta: los D identifican los hechos que operan como excepciones. Para que un hecho sea D, debe ser el caso que: i) de ser probado el hecho X (sea este una circunstancia negativa o positiva), entonces estará justificado decidir a favor del demandado; y ii) la prueba de ¬X no sea necesaria para que la decisión esté justificada a favor del demandante. Dicho de otro modo: los P son hechos cuya prueba es necesaria para que una decisión esté justificada para el demandante, mientras que los D son hechos: i) cuya prueba impide que la decisión a favor del demandante esté justificada; y ii) que no son incompatibles de P[64].

Desde esta aproximación, como podemos ver, la identificación de las excepciones está vinculada con la forma en que está distribuida la carga de la prueba en procesos de toma de decisiones jurídicas. No es un problema de contenido conceptual de los términos empleados, del tipo de inferencia ni de las condiciones del antecedente, sino de cómo están diseñadas las reglas que generan cargas de la prueba.

De este modo, la identificación de las D (esto es, de las excepciones) se hace a partir de todos aquellos que hechos que, de ser probados por el demandado, entonces hacen que esté justificado que se decida a favor de este[65]. En relación a lo visto hasta el momento, paso a resumir, conforme a la propuesta de Duarte, en qué momento está justificado decidir a favor de cada parte[66]:

1) Decisión justificada a favor del demandante: que la proposición sobre hechos P esté probado y ninguna proposición sobre hechos D esté probada.

2. Decir que el demandante tendrá éxito si este puede probar que no ocurrió una D. Este fraseo captura la negación interna de D: el juez deberá decidir a favor del demandante si es el caso que este probó P y probó que no ocurrió D.

Duarte, 2015: 54.

63. Duarte, 2015: 55.

64. Duarte, 2015: 77. El punto ii) insiste en que probar D no es lo mismo que probar ¬P. Como ya hemos líneas atrás, una excepción da cuenta de un hecho correlativo a la ocurrencia de los P, pero que excluye las consecuencias jurídicas vinculadas a estos.

65. Cabe indicar que Duarte comprende la noción de carga de la prueba como requerimientos a asegurar que ciertas proposiciones están probadas. Sobre este punto no profundizaré, pues no es necesario para dar cuenta de la conexión entre identificación de excepciones con D. Duarte, 2015: 92.

66. Duarte, 2015: 92. Duarte, en este sentido, tendría una comprensión material de la carga de la prueba, pues el pretende dar cuenta del tipo de clasificación que se debe dar ante determinados hechos probados y/o no probados.

2) Decisión justificada a favor del demandado: que la proposición sobre hechos D esté probada o que ninguna proposición sobre hechos P esté probada.

En vista de dicho punto, la carga de la prueba depende de lo que necesite cada parte para tener éxito procesal (esto es, que esté justificado que se decida a favor suyo), lo cual puede incluir que ciertas proposiciones estén probadas, como que ciertas proposiciones no estén probadas[67].

La aproximación probatoria de las excepciones, como hemos visto, ofrece una propuesta conceptualista que justifica la distinción entre requisitos y excepciones. Hay dos ideas de trasfondo que sustentan esta tesis. La primera, es que solo tiene sentido hablar de excepciones en contextos adversariales. Predicar que una norma contiene excepciones es resultado de una forma de entender la aplicación de normas en las que hay dos partes que discuten entre sí para que una norma se aplique/no se aplique. No tiene sentido hablar de excepciones en contextos no adversariales. La segunda, es que la identificación de excepciones a las reglas procedimentales sobre prueba (dicho con más precisión, a las reglas de la carga de la prueba entendida como reglas de juicio[68]). Si cambia la distribución de la carga de la prueba cambian, también, que propiedades del antecedente operan como condiciones de excepción.

### *iii. Excepciones como inaplicación de resultados absurdos*

Bruno Celano ha formulado una tesis para diferenciar entre lo que él considera usos adecuados del término «excepción», de usos no adecuados. Un uso adecuado del término «excepción» es aquel empleado para dar cuenta de la no aplicación de la norma en vista a que tenemos razones para considerar que no es razonable aplicar al caso individual el consecuente normativo.

A efectos de analizar esta propuesta es necesario partir por las ideas esgrimidas por este autor respecto de las tesis justificativas vistas anteriormente. Retomando el punto, quienes analizan las formulaciones normativas como generalizaciones de las razones subyacentes (dicho de otro modo, quienes consideran que las normas están compuestas por dos niveles) consideran que en caso de resolver una experiencia recalcitrante mediante la incorporación de nuevas propiedades en el antecedente de la formulación normativa están sosteniendo que el resultado no es cambiar de norma, sino que es la misma norma solo que mejor comprendida. A esta idea la denomina la tesis de la suposición de identidad. De acuerdo con Celano, quienes adoptan esta tesis sostienen que introducir limitaciones en el antecedente a afectos de resolver una experiencia

67. Duarte, 2015: 91-92. Debo precisar que, conforme a la postura de Duarte, el demandado no tiene el deber de probar ninguna proposición. Al demandado no le corresponde probar ¬P (si lo hace es por razones tácticas) y solo tendrá la carga de probar D en caso el demandante haya podido probar P. En este contexto que el demandado tenga como condición de éxito que ciertas proposiciones no estén probadas refiere a que este pueda o bien se tenga por probado ¬P o bien consiga probar una D.

68. Fernández, 2004: 134-36.

recalcitrante, no desvirtúa la identidad a pesar de que el antecedente haya variado. Esta suposición de identidad tiene dos posibles versiones. La primera versión vincula el uso de excepciones con la estrategia especificacionista. Conforme a este método, ante dichos escenarios lo que debemos hacer es entender la norma de manera más profunda, es decir, ser más finos respecto a cómo está compuesto el antecedente de la norma a luz de su dimensión justificativa[69]. La segunda está conectada con la noción de normalidad. La forma en que se reduce el ámbito de aplicación en cada una de estas versiones nos permite dar cuenta de usos adecuados y de usos inadecuados de la noción de excepción. Analizo cada una por separado.

En primer lugar, podemos expresar una norma de diferentes maneras, es decir, mediante diferentes formulaciones. Algunas pueden capturar más detalles, otras menos. Siguiendo el método especificacionista[70], esto es, introducir precisiones en el antecedente, no estamos modificando la norma, sino su formulación inicial (en el nivel prescriptivo). Es decir, no variamos de norma, sino su comprensión: pasamos de un entendimiento parcial e incipiente de la norma a uno más fino y adecuado con lo que es la norma[71].

De esta discusión Celano resalta que, desde dicha aproximación a la suposición de identidad, la solución a casos recalcitrantes generaría excepciones *prima facie* de la norma. Un estudio de la norma más preciso llevaría a que estos casos estarían previstos por la norma de manera implícita: la norma puede refinarse para permitir un caso recalcitrante como excepción (Si p entonces q, excepto cuando p.z)[72].

La segunda versión de la suposición de identidad considera que dicha tesis está conectada con una noción de normalidad, de lo cual se sigue podamos diferenciar entre supuestos normales[73] y anormales de aplicación de la norma. En este punto Celano opta por entender «normal» como expectativas sobre qué es o cómo debiera ser un

69. Celano, 2012: 271.

70. Como bien lo resume Celano, el especificacionismo nos propone lo siguiente: al enfrentar un conflicto o en la aplicación de una norma relevante a un caso que lleva a una solución considerada inapropiada o insatisfactorias (por un juicio de valor) debemos especificar, esto es, restringir el ámbito de aplicación, de una de las normas en conflicto. Entiéndase por «especificar» la inclusión de nuevas condiciones en el antecedente (clausulas que establezcan el dónde, cuándo, porqué, cómo, bajo qué medios, a quién, el por quiénes se debe o no debe ejecutar una acción u otras) a efectos de hacer desvanecer el conflicto. Celano, 2018: 270.

71. Celano, 2012: 272. Cabe indicar que esta idea está vinculada con la pretensión del especificacionismo de listar todas las condiciones limitantes, pero eso es problemático dado que es un objetivo inalcanzable. Las razones en: Celano, 2012, pp. 275-76 y en Celano, 2009, p. 239. Asimismo, Miller, 1956: 267, bouvier, 2012: 258-262, y Hart, 2009: 160, por señalar algunos. No profundizaré en este punto dado que escapa los fines del trabajo.

72. Celano, 2012: 277.

73. Cabe precisar que «supuesto de normalidad» es altamente ambiguo. Entre los muchos posibles sentidos que le podemos atribuir a estos términos he identificado los siguientes (lista no es exhaustiva, sino únicamente ejemplificadora del problema de ambigüedad):

1. Entendida como expectativa injustificada, es decir, como casos en los cuales se asume que un hecho ocurrirá, a pesar de que no tenemos garantías de ello pase (por ejemplo, vemos huevos de peces y pensamos que habrá peces, sin conocer la tasa estadística de éxito de cuantos peces es probable que nazcan en las circunstancias en las que se encuentran esos huevos).

hecho o un comportamiento. Es en este contexto (es decir, bajo la presuposición de determinadas condiciones de normalidad), podemos afirmar que las normas controlan nuestra conducta vinculando soluciones normativas con tipos de casos posibles[74].

A partir de la reconstrucción de las versiones de la tesis de suposición de identidad, Celano identifica dos usos del término «excepción». En primer lugar, desde el especificacionismo se realiza un uso *prima facie* o falso de excepciones. Ello agrupa a todas aquellas aproximaciones que consideran que es posible considerar que las limitaciones al ámbito de aplicación de la norma ya están incorporadas de manera implícita (sean especificables de su dimensión justificativa). En este sentido, quienes proponen que una excepción es el resultado de refinar la prescripción de manera que los principios subyacentes sean mejor concretizados están predicando falsas excepciones. En efecto, una comprensión o formulación adecuada de la norma podría, y de hecho lo haría, ponerlas en pie de igualdad con otras condiciones[75].

En este punto creo que es oportuno anotar que el uso falso de excepción como resultado de una especificación, como lo reconstruye Celano, es una conclusión no predicable a todos los supuestos. El autor está dando cuenta de las reformulaciones

2. Entendida como habitualidad, es decir, como una generalización a partir de tener información sobre cierta frecuencia de que un determinado hecho ocurre luego de ciertas circunstancias.
3. Entendida como afirmación no cuestionada. Esto en un sentido prescriptivo y descriptivo. Prescriptivo por cuanto sea una afirmación que, dentro del espacio público, no se admite poner en duda (por ejemplo, está mal devorar niños recién nacidos). Descriptivo por cuanto sea una afirmación que no haya sido, hasta el momento, polemizada en espacios públicos.
4. Entendida como un modelo ideal. En otros términos, como referencia a una propuesta de deber ser.
5. Entendida como un modelo regulativo. Refiere al tipo de supuesto habitual que es empleado para diseñar marcos normativos a todos y todas (por ejemplo, este sentido es empleado por la literatura crítica que sostiene que el derecho de un país ha sido pensado a partir de los problemas de una persona que es hombre, entre 20 y 50 años, heterosexual, sin ningún tipo de discapacidad, caucásico, católico, económicamente autónomo, entre otros).
6. Entendida como estándar de conocimiento. Refiere a aquellos criterios que son empleados para evaluar el tipo de información que una persona debiera poseer, en función a las circunstancias fácticas en la que habitualmente se encuentra (por ejemplo, el estándar de consumidor razonable empleada en protección al consumidor).
7. Entendida como estándar de evaluación. Refiere a todos ellos criterios que son empleados como criterios de corrección de moral social.

74. Celano, 2012: 287.

75. Celano, 2012: 281. Las excepciones *prima facie* también alude a las excepciones que se entienden como el resultado de conflicto entre normas al momento de crear una preferencia (o jerarquía) entre las normas (por presuponerse una regla de prioridad). La dicotomía explícita-implícita, para esta tesis, no es clarificadora. Para responder a la pregunta de si las excepciones implícitas son o no verdaderas excepciones, siguiendo a Celano y a Brigaglia, tenemos dos posibilidades: i) lo son siempre que por estas entendamos el uso de cláusulas vacías («a menos que existan razones concluyentes en contra» por ejemplo), que mantengan reflectores sobre la posibilidad de anormalidad; ii) si se emplea para referir a una propiedad de la norma, en una versión mejor entendida de esta, entonces: o bien la regla no ha sido aplicable en su primera versión (de esto no se sigue una excepción); o bien estamos creando una nueva regla, diferente de la original, que es más específica. Celano y Brigaglia, 2018: 134-35. Para ilustrar el último punto ofrece el siguiente ejemplo: Tenemos una norma «todos los ciudadanos mayores de edad tienen derecho a votar» y una excepción implícita que excluye de dicho derecho a los mayores de edad que sean interdictos. Ante tal escenario formulamos una nueva norma: «todos los ciudadanos mayores de edad no interdictos tienen derecho a votar». Celano, 2017: 100.

de la dimensión prescriptiva de la norma como producto de haber solucionado una generalización no satisfactoria de la razón subyacente. Esto puede ser entendido dos formas: como deficiencia interna de la norma o como deficiencia interna de la norma en relación a un sistema normativo.

Como deficiencia interna de la norma refiero a los casos de solución de experiencias recalcitrantes en los que la formulación normativa varía a efectos de reflejar de mejor manera la razón subyacente. En este punto las ideas de Celano, considero, son bastante acertadas.

Como deficiencia interna de la norma en relación al sistema refiero a dos casos. Por una parte, se puede producir un conflicto de razones subyacentes de diferentes normas que pertenecen al mismo sistema normativo, lo que conduce a especificar (más) la formulación normativa de una de las normas a efectos de representar la ordenación entre estas (la solución al conflicto). En este caso, la conclusión de Celano (uso prima facie de excepciones) puede ser entendida a manera de que estamos entendiendo, de mejor manera, el sistema normativo, por lo que esta misma conclusión se sigue.

Por otra parte, se puede producir un conflicto de razones subyacentes de diferentes normas que pertenecen a sistemas normativos diferentes, lo que conduce a especificar (más) la formulación normativa de una de las normas a efectos de representar la ordenación entre estas (la solución al conflicto). En estos supuestos, la conclusión de Celano no podría seguirse, pues no estamos en el caso de que entendemos mejor la norma (refleje de mejor manera sus razones subyacentes). La especificación no se sigue de un mejor entendimiento[76], sino de haber ordenado prescripciones que forman parte de sistemas diferentes en el que un sistema introduce valoraciones y preferencias no consideradas en otro sistema. En este sentido, la especificación no tiene como resultado, únicamente, falsas excepciones.

En segundo lugar, en relación a la tesis de suposición de identidad conectada con una noción de normalidad, predica un uso «verdadero» de excepciones. Para identificar las excepciones verdaderas[77] debemos abordar la distinción entre casos normales y casos anormales. Los casos normales son todos aquellos supuestos en los cuales es razonable seguir la norma. Los casos anormales, en cambio, se refieren a que es razonable preguntarse si la consecuencia normativa prevista por la norma es, dadas las circunstancias, el curso de acción que debiera seguirse o que es correcto (desde algún criterio de corrección axiológico)[78]. En este sentido, un caso anormal es una situación en la que se debe

76. Las tesis de Celano en este punto podrían expresarse señalando que el autor considera que la introducción de falsas excepciones es producto de mejores descripciones. Pero en este caso no estamos ante una mejor descripción de la norma, sino ante una crítica a la norma formulada desde otro sistema normativo (el que nos sirve para realizar juicios valorativos de corrección, por ejemplo, un sistema axiológico).

77. Teóricamente esta propuesta sobre excepciones verdaderas se sitúa en un punto medio de dos extremos: i) por un lado las excepciones previstas en el antecedente de la norma; y ii) por el otro, que un juez no aplique una norma como resultado de una decisión discrecional. Celano, 2012: 282.

78. Celano, 2017: 98. Las reglas, de esta manera, se aplican (directamente dictan el veredicto correcto a ser adoptado por el juzgador pues es lo que la regla prescribe) solo en casos normales. en casos anormales el juzgador, si es razonable, no sigue la regla, la reconsidera. Celano y Brigaglia, 2018: 135.

(tesis normativa) dar una excepción verdadera. Estas se dan en vista de dos condiciones: i) el caso recae bajo el antecedente de la norma; y ii) no es razonable, en dicho caso, adoptar la solución normativa prevista por la norma[79]. La calificación de no razonable conlleva a que el decisor (que se asume una persona razonable e informada) concluya que debemos actuar diferente a lo prescrito por la norma.

Reformulando: la noción de excepción verdadera refiere a la situación de tener un caso que posee la propiedad C, la cual está prevista en el antecedente de una norma, pero la consecuencia normativa no se sigue porque esta solo se aplica en circunstancias normales o *ceteris paribus* y las circunstancias en las que se ha dado C no son normales. A mérito de esta propiedad es razonable que el juzgador se pregunte si el veredicto prescrito por la regla es el correcto y que tenga como respuesta que debe resolver el caso de manera incompatible a lo prescrito por la norma[80].

El criterio de razonabilidad para diferenciar efectos razonables y no razonables de una norma, para Celano, es psicológico[81]. Todos poseemos un mecanismo inconsciente, denominado «el guardián», cuyas funciones son: i) verificar si el veredicto prescrito por las reglas coincide con algún parámetro inconsciente (intuiciones y expectativas de lo que entendemos por normal); y ii) si no es el caso, inhibir la aplicación de la regla, lo que activa la reconsideración (implementación de una excepción verdadera).

Los escenarios inconscientes, que funcionan como condiciones de normalidad, dan contenido a lo que sería una causal para una excepción verdadera. Desde esta aproximación, un signo confiable de una excepción verdadera es la sorpresa y la duda por parte del que toma las decisiones. Si no hay sorpresa y duda, entonces, no hay caso anormal, por tanto, no hay verdadera excepción[82].

Un punto no esclarecido por Celano, pero relevante, es quién justifica la no razonabilidad de una consecuencia normativa. Una posibilidad es que sea el propio aplicador del derecho quien, con independencia de lo que aleguen las partes procesales, decida por sus propias convicciones considerar inaplicable la norma. Otra posibilidad es que recaiga en el demandado la responsabilidad de ofrecer al aplicador del derecho de las razones por las cuales no es razonable que se siga la consecuencia normativa. Esta última posibilidad resulta de interés, pues permite poner de relieve un rasgo compartido entre todas las concepciones de la aproximación conceptualista: aclaran cuáles son las posibilidades de actuación del demandado en un proceso judicial.

79. Celano, 2017: 99.
80. Celano y Brigaglia, 2018: 138.
81. Esto requiere de precisión. Celano y Brigaglia distinguen entre estados mentales y procesos mentales que se acceden de manera consiente o inconsciente (no accesibles mediante un estado consiente). Los conscientes son los que experimentamos y somos capaces de reportar dicha experiencia. Los inconscientes aluden a los estados y procesos mentales que no podemos experimentar directamente, pero que pueden ser descritos. Los estados mentales y los procesos mentales se desarrollan gracias a mecanismos inconscientes. ej.: las intuiciones son resultados conscientes de procesos inconscientes. Celano y Brigaglia, 2018: 136-37.
82. Celano y Brigaglia, 2018: 139.

## 4. EXCEPCIÓN Y EXCEPTUAR

Las diferentes posturas teóricas analizadas anteriormente nos permiten mostrar que el análisis conceptual sobre qué son las excepciones permite aclarar diversas discusiones teóricas. Qué se esclarece mediante las diversas propuestas de conceptualización de «excepción» se ordena adecuadamente mediante la distinción entre, por un lado, predicar que una condición es una «excepción» y, por el otro, calificar a un conjunto de actos como «exceptuar»[83] una norma. Al hablar de «excepción» se está dando cuenta de un tipo de condición, a efectos de predicar que esta posee rasgos que la diferencian del resto de condiciones en el antecedente (posee un efecto excluyente, como bien precisé al inicio del documento). En cambio, al hablar de «exceptuar», se hace referencia a las diversas operaciones jurídicas realizadas por el aplicador del derecho para incorporar una nueva condición limitante en el antecedente. Veamos este punto con más detalle.

### 1. «Excepción»

Predicar que en una norma hay una «excepción» refiere a las razones para diferenciar la operatividad de una determinada propiedad contenida en el antecedente. Las razones son formuladas considerando la justificación de la incorporación de la propiedad (Schauer-Finkelstein) o los efectos de la carga de la prueba (Duarte).

Si seguimos un análisis de la estructura de las normas desde la tesis de la justificación, entonces son excepciones las condiciones producidas de haber resuelto un conflicto entre razones subyacentes de dos normas diferentes (a efectos de evitar la crítica de Celano: conflicto entre una norma que pertenece a un sistema jurídico con una norma que pertenece a un sistema extrajurídico).

Analizada como una tesis sobre la identificación de condiciones dentro de un antecedente esta propuesta es problemática. Lleva implícita la idea de que entre una condición de aplicación conjuntiva y una condición de excepción se comparten todos los rasgos, salvo la explicación de su incorporación, pero el contenido de esa explicación depende de cómo el estudioso o el aplicador del derecho reconstruya la norma. De esta forma, la rentabilidad explicativa de esta propuesta radica en describir las operaciones que realizamos para crear la excepción antes que en la clarificación de qué es y cómo opera una condición de excepción.

En cambio, si seguimos la tesis de la distribución de la carga de la prueba, se esclarece qué condiciones son excepciones (en contextos adversariales), al asignarles un

83. Esta misma idea podría, en parte, ser explicada señalando que «excepción» padece de la ambigüedad actividad-producto. «Excepción» como actividad da cuenta de las actuaciones y razones ofrecidas para incorporar una condición limitante en el antecedente de la norma. En cambio, «excepción» como producto da cuenta de la condición limitante prevista en el antecedente de una norma. Sin embargo, no empleo dicha distinción, pues una excepción-producto no necesariamente es el resultado de una excepción-actividad (de haber exceptuado), como precisaré en este apartado, de manera que prefiero utilizar otra estrategia explicativa a efectos de no inducir a confusión.

efecto excluidor de ser verificadas. Al respecto cabe resaltar lo siguiente: i) al identificar cómo está regulada la carga de la prueba podemos diferenciar entre qué propiedades son requisitos (las que deben ser probadas por el demandante) y cuáles excepciones (las que deben ser probadas por el demandado); ii) la excepciones son producto de cómo operan las metanormas de aplicación (entendiendo a la carga de la prueba como como reglas de calificación de veracidad de enunciados descriptivos de hechos); y iii) al variar la carga de la prueba de una determinada norma varían, a la vez, qué condiciones son las excepciones.

## 2. «Exceptuar»

Predicar que en una serie de actuaciones califican como «exceptuar» una norma, permite esclarecer diversas formas de resolver conflictos entre normas y conflictos entre niveles de legalidad. Por «conflicto entre normas» refiero a los casos en los cuales dos normas –pertenecientes a un mismo sistema normativo o dos sistemas normativos diferentes (uno jurídico y el otro extrajurídico), pero ambos aplicables y normativamente relevantes a un caso– ofrecen, bien estados de cosas incompatibles entre sí, bien guías de conducta irrealizables a la vez por el mismo sujeto.

En cambio, por «conflictos entre niveles de legalidad» doy cuenta de la incompatibilidad entre la prescripción y la justificación de una misma norma. Refiero a los supuestos en los cuales se asume que una prescripción normativa debe adecuarse a sus razones subyacentes.

Tanto en el caso de conflictos entre normas como en el de niveles de legalidad, el punto a aclarar es el mismo: una de las formas de solucionar un conflicto es reduciendo el ámbito de aplicación de una norma mediante la incorporación de una nueva condición, esto es, haciendo el antecedente más fino.

Esto muestra que la pregunta sobre cómo exceptuamos se responde en función a la teoría del derecho que estemos adoptando. En este sentido, considero que es pertinente conceptualizar la noción de «exceptuar» como la modificación de la aplicabilidad interna de la norma, esto es, como la operación de introducir nuevas propiedades que reducen el alcance del caso genérico previsto en el antecedente. Esta definición nos permite, desde un punto de vista metateórico, dar cuenta de las diversas propuestas de reconstrucción de qué hacen los operadores jurídicos cuando exceptúan las normas jurídicas.

La noción de «exceptuar» como actividad para solucionar un conflicto da cuenta de los supuestos en los cuales una antinomia es disuelta mediante la incorporación de una nueva condición limitante en el antecedente. Sigo el ejemplo propuesto por Rodríguez: imaginemos un sistema normativo en el que una norma N1 prescribe que, si alguien comete un homicidio, entonces es obligatorio sancionarlo ($p \rightarrow Oq$). Pero además de esta tenemos otra norma N2 que ordena que si alguien es menor de edad entonces es obligatorio no sancionarlo ($r \rightarrow O\neg q$). En caso que tengamos una menor

de edad que comete homicidio (p.r) tendríamos una contradicción. En este supuesto los operadores jurídicos, para poder resolver dicho caso, debieran introducir una regla de preferencia entre ambas a efectos de que, por ejemplo, prevalezca la solución de N2. En este supuesto, la norma aplicable al caso sería «quien cometa homicidio y no sea menor de edad, entonces debe ser sancionado» ($p.\neg r \rightarrow Oq$)[84].

Cabe precisar que esta reconstrucción nos aclara que quienes sostienen que hay normas que exceptúan a otras (se identifican normas de excepción) solo están dando cuenta de un conflicto normativo y de su solución, pero no proponen criterios de identificación de normas. Esta sería, bajo esta propuesta, solo una forma de explicar cómo se ha creado la excepción.

Por otra parte, exceptuar como solución a un conflicto de niveles de legalidad, clarifica un tipo de resultado en caso de solucionar un supuesto en el cual la consecuencia de una norma nos parece no razonable para el caso individual o supuestos de experiencias recalcitrantes[85]. Para dar cuenta del primer supuesto paso a reformular la propuesta de Celano: disponemos de un sistema normativo extra jurídico que nos ofrece un criterio de corrección que diferencia entre resultados razonables/no razonables. Las normas de dicho sistema tienen una jerarquía material superior a las normas jurídicas. En caso las consecuencias jurídicas sean no razonables, entonces se debe adecuar la norma jurídica a efectos de que sea razonable. Ello se logra introduciendo condiciones limitantes dentro del supuesto de hecho de la norma jurídica, es decir, exceptuando la norma jurídica.

En relación a las experiencias recalcitrantes supraincluyentes, como ya he dado cuenta, exceptuamos una norma al momento de resolver un conflicto entre razones subyacentes (sean estas pertenecientes al mismo sistema normativo o a diferentes sistemas normativos). El resultado de esta operación es la incorporación de una condición limitante en la dimensión prescriptiva de la norma con menos peso.

Estos supuestos nos permiten poner de relieve que «exceptuar», además, permite esclarecer que la aplicabilidad de una norma opera a manera de razón para la acción (para aplicar la norma a un caso) que puede entrar en conflicto con razones para la

84. «[P]ara que pueda hablarse de que una regla hace excepción a otra se requiere: a. Que las soluciones normativas de ambas resulten lógicamente incompatibles para cierto caso genérico; b. Que se estipule una preferencia de la solución normativa de una de ellas sobre la otra para evitar la contradicción». Rodríguez, 2003: 86. En este mismo sentido Mendoca, 2012: 204. Una manera diferente de presentar este punto es mediante los estudios de la *lex specialis*. Siguiendo a Silvia Zorzetto, el carácter especial y general de una norma son rasgos lógico-conceptuales relacionales de los conceptos contenidos tanto en el antecedente como en el consecuente de la norma. En este sentido, una norma es especial respecto de otra a mérito de una relación de implicación lógica de los conceptos empleados por cada una de estas. En casos de antinomia la *lex specialis* puede ser entendida como un criterio interpretativo de manera a que siempre que sea identificada una relación entre dos interpretaciones inconsistentes entre sí (una con carácter general y otra con carácter especial entre sí), ello supone que debemos realizar una reinterpretación de las disposiciones normativas cuyo producto sea un microsistema de normas consistente. Al respecto ver Zorzetto, 2010: 84-85, Zorzetto, 2013: 87.

85. Debo precisar que esta no es la única opción teórica disponible (podríamos incluir, por ejemplo, la noción de laguna axiológica), pero resalto solo esa a efectos de vincular «exceptuar» con las tesis de Finkelstein y Celano explicadas en el presente documento.

acción contrarias y ser superada[86]. Como podemos ver, la aplicabilidad de una norma, en situaciones de conflicto, no es una razón absoluta, sino solo una razón contribuyente.

La aplicabilidad de una norma, como razón contribuyente, puede darse en tres escenarios:

i) Una cierta norma es aplicable y ello se da sin que concurra ninguna otra razón que se oponga;
ii) Una cierta norma es aplicable, pero concurre con razones en contra de la aplicación y estas son razones no concluyentes; o
iii) Una cierta norma es aplicable, pero concurre con razones en contra de la aplicación y estas son razones concluyentes.

El primer escenario de aplicación de una norma no es problemático. Da cuenta de los casos de aplicación de una norma sin que se presente una situación conflictiva ni duda de su aplicabilidad.

El segundo escenario y tercer escenario dan cuenta de la misma situación, pero desde perspectivas diferentes. Ambos refieren a un caso de conflicto normativo en el que cada norma es aplicable (ofrece razones contribuyentes para su aplicación). El resultado es que una de estas normas en conflicto se aplica y la otra no se aplica (una de estas ofrecerá una razón concluyente). El segundo escenario es el de la norma que se aplicará al caso y el tercer escenario da cuenta de la norma que no se aplica y que, por tanto, se exceptuará[87].

Las excepciones, en estos escenarios, clarifican los casos en los cuales consideramos que las razones para no aplicar la norma son concluyentes (este es el caso, por ejemplo, de lo que pretenden aclarar las propuestas de Celano y Finkelsetin).

Conforme a este punto podemos ver que la rentabilidad explicativa de «excepción» y de «exceptuar» radica en el punto teórico que pretendemos aclarar, pero no conviene, desde la reconstrucción propuesta en este documento, confundirlos. En efecto, la actividad de exceptuar no necesariamente arroja como resultado lo que nuestro criterio de identificación diría que es una condición de excepción. Por ejemplo, si exceptuamos como resultado de adecuar una prescripción a nuestro criterio de razonabilidad, ello no necesariamente se corresponderá con la carga probatoria del demandado para dicho caso.

Tras dar cuenta de algunas propuestas teóricas sobre la noción de excepción, ya es posible afirmar que con esta no se pretende resolver la pregunta de qué es una norma, sino de un tipo de condición prevista en el antecedente de una norma; es, por tanto, un problema de estructura de normas. Conforme a lo visto, el ámbito de aplicación

86. Una razón para actuar que tenga mayor peso que otra implica que esta prevalece o supera, pero no cancela. La diferencia entre superación y cancelación radica en la relevancia. La superación supone aplicabilidad de una razón, a pesar de la otra, a mérito de su peso en el caso en concreto. La cancelación supone la perdida de relevancia, debido a la ocurrencia de una de las condiciones para que ello ocurra.
87. Esto también se explica empleando la distinción entre aplicabilidad *prima facie* y aplicabilidad *all things considered*.

de las normas es limitado mediante condicionales conjuntivos y los de excepción, los cuales se diferencian entre sí por los objetos a los que refieren, pero son estructuralmente idénticos.

Ambos condicionales implican la adición de nuevas propiedades en el antecedente a efectos de generar distinciones respecto a la acción o hecho que se pretende regular (o no regular), pero el condicional de excepción refiere a un tipo específico de hechos a mérito de alguna razón. ¿Cuáles son estas razones? Aquellas razones que podemos identificar a partir del análisis de las operaciones jurídicas, en el plano de la justificación de cada propiedad en el antecedente, en el estudio de los efectos que produce la distribución de la carga de la prueba o en la noción de razonabilidad de las consecuencias jurídicas de una norma, tal y como postulan quienes adoptar una aproximación conceptualista expuesta en el presente trabajo.

## 5. CONCLUSIONES

Las diversas teorizaciones sobre la noción de excepción tienen propósitos diferentes. Quienes adoptan una aproximación retórica proponen que uso del término «excepciones» forma parte de una argumentación pragmática, es decir, que tienen por objeto persuadir a la audiencia. Además de ello, pretenden negar que tengamos una diferencia lógica entre las diversas propiedades contenidas en el antecedente. Asumen esta postura, principalmente, por considerar que no es posible diferenciar entre una condición conjuntiva de aplicación y una de excepción. Quienes sostienen una aproximación conceptualista, en cambio, ofrecen tipos de análisis en los cuales «excepción» y «exceptuar» clarifican puntos relevantes sobre cómo están estructuradas las normas y resultados de operaciones que realizamos con normas.

Identificar qué propiedades operan como excepciones y cómo crearlas coadyuva mejorar nuestras prácticas reconstructivas de nuestras operaciones con normas, así como de sus resultados, a efectos de dar descripciones más precisas del derecho y como herramienta analítica a ser empleada por quienes pretendan diseñar excepciones en normas o exceptuar una norma en un proceso judicial.

Dicho valor se obtiene en mayor medida siempre que consideremos que la noción de excepción sea entendida a manera de verbo, «exceptuar», la cual da cuenta cómo modificamos la aplicabilidad interna de la norma, esto es, como la operación de introducir nuevas propiedades que reducen el alcance del caso genérico previsto en el antecedente. En efecto, entender la noción como sustantivo, «excepción», sola ofrece una aclaración de resultados contingentes (en función a como reconstruyamos la justificación de una norma o como se distribuya la carga de la prueba) de haber exceptuado la norma.

## 6. BIBLIOGRAFÍA

Alchourrón, C,. 2010: *Fundamentos para una Teoría General de los Deberes*, Madrid, Marcial Pons.

Andrade, M., 2018: «Excepciones a derechos», Eunomía (N.º 14), 226-243.

Austin, J.L., 1975: *Ensayos Filosóficos*, Madrid: Revista de Occidente.

Austin, J.L., 1981: *Sentido y percepción*, Madrid: Tecnos.

Bayón, J.C., 2003: «¿Por qué es derrotable el razonamiento jurídico?» En: Bayón, J.C. y Rodríguez, J., *Relevancia normativa en la justificación de las decisiones judiciales*, Bogotá: Universidad Externado de Colombia, 263-205.

Bentham, J., 1970: *On law in general*, Londres: London Anthole Press.

Bouvier, H., 2012: *Particularismo y derecho. Un abordaje pospositivsta en el ámbito práctico*, Madrid: Marcial Pons.

Celano, B., 2009: «'Defeasibility' y ponderación. Sobre la posibilidad de revisiones estables». En: Celano, B., *Derecho, justicia, razones. Ensayos 2000-2007*, Madrid: CEPC, 235-254.

Celano, B., 2017: «Particularismo, psicodeóntica. A propósito de la teoría de la justificación judicial de Manuel Atienza». En: Aguiló Regla, J. y Grandéz, P., *Sobre el razonamiento judicial. Una discusión con Manuel Atienza*, Lima: Palestra, 59-102.

Celano, B., 2012: «True Exceptions». En: Ferrer, J. y Ratti, G.B, *The logic of legal requirements. Essays on defeasibility*, Oxford: Oxford University Press, 268-287.

Celano, B. y Brigaglia, M., 2017: «Reasons, Rules, Exceptions: Towards a Psychological Account», *Analisi e dirito*, 131-144.

Duarte d'Almeida, L., 2015: *Allowing for Exceptions. A theory of defenses and defeasibility in law*, Oxford: Oxford University Press.

Fernández, M., 2004: *Presunción de Inocencia y carga de la prueba en el proceso penal*, leída ante la Comisión de la Universidad de Alicante. Disponible en:
https://rua.ua.es/dspace/bitstream/10045/11013/1/Fernandez-Lopez-Mercedes.pdf

Finkelstein, C. O., 200: «When the rule Swallows the exception», *Penn Law: Legal Scholarship Repository* (Vol. 19), 147-175.

Greenawalt, K., 1986: «Distinguishing justifications form excuses», *Law and Contemporary Problems* (N.º 49), 89-108.

Hart, H.L.A., 1982: *Essays on Bentham, Studies in jurisprudence and political theory*, Oxford: Clarendon Press.

Hart, H. L. A., 2009: *El Concepto de Derecho*, Buenos Aires: Abeledo Perrot, 3ra Edición.

Hohfeld, W. N., 1991: *Conceptos jurídicos fundamentales*, Ciudad de México: Fontamara.

Honore, A., 1977: «Real Laws». En: hacker, P.M.S. y Raz, J., *Law, Morality and society. Essays in honour of H.L.A. Hart*, Oxford: Clarendon Press, 99-118.

MacCormick, N., 1995: «Defeasibility in law and logic». En: Bankowski, Z., White, I. y Hahn, U., *Informatics and the foundations of legal reasoning*, Dordrecht: Springer.

MacCormick, N., 2016: *Retórica y Estado de derecho, una teoría del razonamiento jurídico*, Lima: Palestra.

Mendonca, D., 2012: «Exceptions». En: Ferrer, J. y Ratti, G.B, *The logic of legal requirements. Essays on defeasibility*, Oxford: Oxford University Press, 202-208.

Moreso, J.y Navarro, P., 1996: «Aplicabilidad y eficacia de las normas jurídicas», *Isonomía* (N.º 5), 119-139.

Miller, L., 1956: «Rules and Exceptions», *Ethics* (Vol. 66, N.º 4), 262-270.
Prakken, H., 1997: *Logical tools for modelling legal argument*, Dordrecht: Springer.
Rodríguez, J., 2003: «La derrotabilidad de las normas jurídicas». En: Bayón, J.C. y Rodríguez, J., *Relevancia normativa en la justificación de las decisiones judiciales*, Bogotá: Universidad Externado de Colombia, 67-102.
Rodríguez, J., 2006: «Un dilemma en la representación de normas condicionales», Isonomía (N.º 23), 97-114.
Raz, J., 1986: *El concepto de sistema jurídico*, Ciudad de México: UNAM.
Schauer, F., 1991: «Exceptions», *The University of Chicago Law Review* (Vol. 58, N.º 3), 871-899.
Schauer, F., 2004: *Las reglas en juego. Un examen filosófico de la toma de decisiones basada en reglas en el derecho y en la vida cotidiana*, Madrid: Marcial Pons.
Stone, J., 1985: *Precedent and law*, Melbourne: Butterworths.
Susskind, R., 1987: *Expert Systems in Law. A jurisprudential inquirí,* Oxford: Clarendon Press.
Williams, G., 1988: «The logic of "exceptions"», *The Cambridge Law Journal* (Vol. 47, N.º 2), 261-295.
Zorzetto, S., 2011: *La norma speciale, una nozione ingannevole*, Pisa: ETS
Zorzetto, S., 2013: «Gerarchie normative e criteri di risoluzione delle antinomie. L'approccio realistico non ingenuo di Jordi Ferrer e Jorge Rodríguez», *Analisi e Diritto*, 69-94.
Zuleta, H., 2008: *Norma y Justificación*, Madrid, Marcial Pons.

# ENTREVISTA

Doxa. Cuadernos de Filosofía del Derecho, (2020), *43*
e-ISSN: 2386-4702 | ISSN: 0214-8676

# Entrevista a Juan José Gil Cremades

## *Interview to Juan José Gil Cremades*

Manuel Atienza

**Autor:**
Manuel Atienza
Universidad de Alicante, España
manuel.atienza@ua.es

**Citar como:**
Atienza, Manuel, (2020). Entrevista a Juan José Gil Cremades. Doxa. Cuadernos de Filosofía del Derecho, *43*, pp. 459-491. https://doi.org/10.14198/DOXA2020.43.17

**Licencia:**
Este trabajo se publica bajo una Licencia Creative Commons Atribución 4.0 Internacional.

© Manuel Atienza y Juan José Gil Cremades

**Resumen**

Manuel Atienza entrevista a Juan José Gil Cremades.

**Palabras clave**: Juan José Gil Cremades; filosofía del Derecho

**Abstract**

Manuel Atienza interviews to Juan José Gil Cremades.

**Keywords**: Juan José Gil Cremades; legal philosophy.

**Manuel Atienza**: *En las entrevistas que publicamos en DOXA solemos empezar con algunas cuestiones biográficas. Dado que hace poco, en 2016, Benjamín Rivaya te hizo una entrevista (aparecida en el n.º 1 de DIÁLOGOS JURÍDICOS) en la que figuran muchos datos de ese carácter, voy a permitirme resumírselos al lector, para iniciar nuestro diálogo sobre esa base.*

*Naciste en Zaragoza en plena guerra civil (en 1937, «en un refugio de emergencia, al que se había acudido ante una alarma aérea»). Te educaste en un colegio católico de esa ciudad y tus estudios de Derecho los cursaste en la propia universidad de Zaragoza, pero también en Roma y en Madrid. Procedes de una familia con gran tradición jurídica y eso hizo que, de alguna manera, tu formación estuviera encaminada hacia la abogacía. Sin embargo, al concluir tus estudios de licenciatura (en el curso 1959-1960, en la Universidad Complutense de Madrid) optaste por la filosofía del Derecho y comenzaste a trabajar con Luis Legaz. Detengámonos por un momento ahí. ¿Qué fue lo que te hizo decantarte por la filosofía jurídica o, para emplear tus palabras, que te encontraras «más a gusto en el ámbito de la teoría» cuando, supongo, habrá habido bastante presión familiar para que siguieras la vía de la abogacía? ¿Has lamentado alguna vez esa decisión? Y ya en la academia, tu opción por Legaz (frente a Ruiz-Giménez, titular de la otra cátedra de filosofía del Derecho en la Complutense) la has explicado en más de una ocasión apelando básicamente a que Legaz era un estudioso más puesto al día, mejor informado y más conectado con la filosofía jurídica en el ámbito internacional. Pues bien, sobre esto último me gustaría que hicieras para una buena parte de los lectores de DOXA (los más jóvenes y/o los no españoles) que seguramente no sepan nada de ese autor, una breve síntesis de su pensamiento. Al respecto, recuerdo haber tenido hace unos años una amigable discusión precisamente con Rivaya, porque él consideraba que Legaz había sido el mayor filósofo del Derecho español, si no recuerdo mal, del siglo XX, o al menos de su segunda mitad, y yo lo negaba. Ponía por encima, al menos, a González Vicén y, además, le retaba a Benjamín a que me dijera qué ideas realmente interesantes podían encontrarse en Legaz. ¿Qué piensas tú sobre eso? ¿Cuáles habrían sido las aportaciones fundamentales de Legaz? ¿Merece la pena que las jóvenes generaciones de iusfilósofos lean alguna de sus obras? Finalmente, ¿eran muy grandes las diferencias que entonces (en la segunda mitad de los años 50) había entre las universidades españolas y la italiana? ¿Y entre la de Zaragoza y la de Madrid? ¿Qué ofrecía entonces la universidad española, en particular sus Facultades de Derecho, a un estudiante brillante y con el propósito de formarse intelectualmente, como era tu caso? ¿Quizás hubiese incluso algo –algunos elementos valiosos– que luego se perdió?*

**Juan José Gil Cremades:** Un compañero de colegio, considerado hoy notable catedrático de geografía «paisajista», me citó no hace muchos años un texto de Nietzsche, que no he podido hasta la fecha contrastar: «Me encuentro a gusto en el paisaje: no me interpela». Si te dijera que desde mi escritorio estoy respondiendo a tus pertinentes preguntas, viendo desde mis ventanas lo frondosos que están ya los árboles, me calificarías con razón de impertinente al traer a colación esa presunta cita, precisamente al iniciar este diálogo. Pero es que al empezar a despertar mis recuerdos, me pone en guardia una lectura de hace ya una docena de años, un libro escrito por un joven profesor de

Barcelona, Manuel Cruz, hoy figura pública: *Cómo hacer cosas con recuerdos*. Hay que tener mucho cuidado con el uso de la memoria; y eso valdría tanto de mí, como de mi nación. La memoria es realmente útil, pero tanto para hacer cosas loables como perversas. Evitaré, en lo posible, lo segundo.

Empecé a estudiar derecho casi como el hijo de ganadero ordeña desde niño las vacas con las primeras luces del día, o el vástago del trapecista vuela bajo la carpa desde tierna edad. Si a eso añades que ya adolescente escuché el tópico de que «Aragón se singulariza por el derecho», algo así como Andalucía por la falda de faralaes –por cierto mucho más alegre y vistosa que un texto legal–, puedes suponer que el ambiente me invitaba a buscar desagües. Afortunadamente en casa de mis padres, tras la educación a través de los «libros infantiles» que incluían las adaptaciones de obras «para mayores», de las que recuerdo vivamente las de la editorial Araluce, ya en la adolescencia me introdujeron a «escribir bien» bastantes obras de «Azorín» y además a «pensar claro» varios ensayos de Ortega y Gasset, que estaban en los estantes a mi alcance. También, porque en Zaragoza había tres o cuatro buenas librerías, que suministraban bajo cuerda títulos de ediciones argentinas o mexicanas de autores exiliados tanto de literatura, como de historia: recuerdo la fruición con que leí los mamotretos de la polémica Claudio Sánchez Albornoz-Américo Castro. No hace falta decir que a beber en esas fuentes me llevaban mi curiosidad y mi disfrute. Todo ello «guiado» por un desorden de autodidacta desorientado. Si a esto añades que en mis veraneos en Jaca, donde la Universidad de Zaragoza desarrollaba, y sigue haciéndolo, unos ciclos de conferencias a los que asistía –guardo buen recuerdo de las de Yndurain o Lázaro Carreter–, puedes hacerte una idea de este libresco provinciano.

Empecé los estudios universitarios en Zaragoza y, como ya señalé en la entrevista a la que aludes, tampoco el catedrático de «derecho natural» me estimuló mucho a la filosofía del derecho. En ese curso inicial encontré sin embargo un catedrático de lo que entonces se denominaba «derecho político», Nicolás Ramiro Rico, ágrafo, profesor sin manual, pero estimulando la lectura de obras magníficas, que aún conservo: *Los grandes textos políticos* (J. Chevalier), *Introducción a las ciencias sociales* (F. Ayala), y sobre todo: *Teoría y realidad de la organización constitucional democrática*, obra de C. J. Friedrich, uno de los alemanes de Weimar que huyeron a Estados Unidos, donde llevaron a cabo una obra meritoria, que ensamblaba lo teórico con la praxis. Ese libro había sido editado en México por Fondo de Cultura Económica y había que importarlo, por lo que se convirtió ese curso en un pecio, no asequible al centenar de matriculados. Pero eso no era obstáculo para el profesor, quien deseaba divertirse en clase y para ello, utilizando un símil deportivo, solo jugaba, para no aburrirse, con quienes le devolvíamos las bolas, aunque fuera débilmente. Salvo esta y alguna otra experiencia, aquello no era muy atrayente. De modo que simpaticé con un amigo de mi hermano mayor, atacado de la misma apatía, el futuro director de cine José Luis Borau, tan alejado de la mentalidad jurídica, a pesar de estar matriculado, que ironizaba con la manía de los legisladores de poner plazos: para muchos actos jurídicos el legislador otorgaba un «absurdo plazo» de diez días, por ejemplo. A partir del segundo curso, y siempre con

la meta de colaborar en el bufete que me esperaba, marché a Roma, con la intención de formarme para poder en su día ejercer en la Rota española. Para ello parecía apropiado matricularse en la Facultad de Derecho canónico de la Universidad Pontificia Santo Tomás de Aquino, en la que me doctoré en 1959. Por ello, no tengo elementos de juicio para establecer, como me pides, una comparación entre universidades. Ya en la entrevista con Rivaya expuse lo que en mayor grado repercutió en mi formación: el contraste entre vivir en un régimen dictatorial y la cotidianeidad de la vida democrática italiana. Por lo demás, la curiosidad me llevó a visitar puntualmente «La Sapienza», y las informaciones recibidas de buena fuente me llevaron a frecuentar las clases, magníficas por cierto, del romanista Emilio Betti, sobre la interpretación como dimensión general de la cultura. Seguía en clase, como pude comprobar, los dos volúmenes de su *Teoria generale della interpretazione*, publicados en 1955, el año anterior a mi llegada a Roma. Por lo demás la Filosofía jurídica en «La Sapienza» estaba sufriendo un vacío: Cesarini Sforza, el sucesor de Del Vecchio, se jubiló precisamente en 1956.

Sí que puedo responderte sobre la comparación, según mi criterio, entre la Facultad de Zaragoza y la Complutense, donde concluí mis estudios de licenciatura, que coroné con premio extraordinario, a pesar de todos los avatares ocurridos para hacer compatibles estudios y estancias. De antemano diré que, en ese último curso, el catedrático de Filosofía del Derecho de la Complutense, lejos de atraerme a su materia, me resultaba estólido. González Oliveros, que había sido mano derecha del ministro de la dictadura de Primo de Rivera, también catedrático de la misma materia, Castillejo de la Cuesta, pertenecía a ese grupo de civiles que colaboraron con la Dictadura de Primo de Rivera, y en la formación de su partido único, la «Unión Patriótica», y que tras la guerra civil ocuparon en la primera etapa del franquismo un número no despreciable de puestos de responsabilidad. Concretamente González Oliveros fue el primer gobernador civil de Barcelona, tras la ocupación militar de la ciudad y, al cesar, presidió el temido y arbitrario tribunal nacional de responsabilidades políticas, así como desempeñó la vicepresidencia del tribunal de represión de la masonería y el comunismo, y la presidencia del consejo nacional de educación, que tejía y destejía la composición de los tribunales de oposiciones a cátedras de universidad. De esto último tenía noticia coetánea: de lo demás, me fui enterando con el tiempo. Era el de 1959-60, el curso de su jubilación, y ya manifestaba un estado senil, que le hacía olvidarse, no solo días después, sino en la misma hora de clase, que ya se había referido al mismo tema. Afortunadamente eligió como libro de texto la reciente traducción hecha por González Vicén, del libro de Hans Welzel, *Derecho natural y justicia material*. La obra se situaba en la órbita del intento de superar el relativismo neokantiano a lo Radbruch, para procurar dar con referencias objetivas sobre un «derecho justo», y escapar así de la objeción extendida entre los juristas alemanes desde 1945, centrada en un equívoco: la reducción del régimen nazi al positivismo jurídico. De todo eso no hablaba el profesor, sino que, en mi caso, lo discutía con un compañero de curso, que luego se dedicaría a la filosofía del lenguaje, José Hierro Sánchez-Pescador. En resumen: los caminos académicos hasta entonces

recorridos no conducían a la filosofía del derecho. Para que cambiaran de dirección, se presentaron hechos que narraré después.

Creo que ahora es más oportuno satisfacer tu curiosidad sobre mi apreciación de los diversos ámbitos universitarios que había frecuentado hasta ese momento. Del italiano ya he apuntado que no lo vivía en la universidad elegida para cursar estudios de derecho canónico. Respiraba otro ambiente en mi incursión en «La Sapienza», en una experiencia de seminario de investigación, que no había vivido en Zaragoza, y en la que lógicamente, mi actitud era más bien la de atento oyente. Sí que fue más brusco el encuentro con la Complutense. De la balsa de aceite que era la provinciana universidad zaragozana, di un salto mortal a otro plano, del que ya estaba alertado, pues la prensa italiana de la época había prestado atención a las «revueltas estudiantiles» de España, cuyo vórtice fluía desde la actividad del ministro Ruiz-Giménez y concluía con su destitución. Los estudiantes –«los "alborotadores y jaraneros" de la crónica policial»– se enfrentaban a los «grises», las asambleas se sucedían, también las manifestaciones, por lo que era intermitente la actividad estrictamente académica. Pero quizás por vez primera se cuestionaba el régimen político por los vástagos de la clase media, mayoritariamente presentes en las aulas. Tal vez aquí podría hacer referencia a lo que tú llamas «valioso» y que «luego se perdió». A mi modo de ver, había algunos medios de formación de opinión, que se apoyaban en instrumentos creados por el régimen (colegios mayores, prensa universitaria, debates en las aulas), o partían de la clandestinidad, como los libelos que salían de «ciclostiles» y se distribuían por el edificio de la facultad. Algo así como, en el medio obrero, CC.OO. se valía para crear opinión, de las estructuras del sindicato «vertical». Hoy, desaparecido el ambiente represivo de la situación, las TIC me parecen efectivas para convocar, pero menos para discutir opiniones. Si bien, antes y ahora, se difunden, sin discriminación, «fake news».

Volvamos a tus interrogantes. Terminada la licenciatura con buenos auspicios, me encontraba, sin embargo, entre la espada y la pared. No me atraía del todo el ejercicio de la abogacía, aunque dadas las circunstancias era una opción que prometía una seguridad económica, pero no una independencia. Por otro lado, era incontenible durante estos años mi preferencia por –digámoslo con cierto énfasis– la teoría frente a la praxis, o más llanamente: leía con más gusto libros similares a los enumerados, que los tratados de derecho positivo, aunque estuvieran tan bien escritos como el de derecho mercantil de Garrigues, o el de derecho procesal de Guasp, o los de derecho civil de Federico de Castro o Hernández Gil. Pero en diciembre de 1960 llega a la Cátedra de Filosofía del Derecho de la Complutense, Luis Legaz, del que conocía buena parte de su manual, cuya primera edición era de 1953 y un artículo publicado en la REP en 1958: «Legalidad y legitimidad», que me habían servido para preparar, junto con títulos de otros autores, el examen de licenciatura, que consistía en el desarrollo de temas generales, unos de derecho público, otros de privado, y no de minucias legales. Legaz, además, redactaba muy bien, y no era nada simplista en sus planteamientos. Los manuales coetáneos de la materia no resistían la comparación con el suyo.

Me preguntas que resuma su postura ante el derecho. No en vano había llevado a cabo, poco después que Recaséns Siches –del que yo sabía de su exilio en México, así como de su manual–, traducciones de Kelsen, y su tesis doctoral publicada había versado sobre el jurista austriaco. Por todo ello podía presumirse que se había tomado en serio, con el positivismo jurídico, la relevancia de la norma jurídica. Pero no reducía a ella la realidad del derecho. No tengo que consultar la fuente, para reproducir aquí su concepto de derecho: «una forma de vida social en la cual se realiza un punto de vista sobre la justicia, que delimita las respectivas esferas de licitud y deber, mediante un sistema de legalidad, dotado de valor autárquico». Había aquí bastante de Recaséns, precoz en todo, pero solo un año mayor que Legaz (1906). Eran pues equiparables en la raíz común orteguiana de sus posturas: «vida social en forma», completada en el caso de Legaz por la influencia del sociólogo Georges Gurvitch. A ello se añadía la apelación a la justicia, también cercana a Ortega y Gasset. En la realidad jurídica confluyen pues tres elementos: vida social, norma, y referencia perspectivista –«punto de vista»– a la justicia como valor.

Solo si se mantiene, en actitud adánica, que un saber existe desde que uno empieza a adquirirlo, y se prescinde de todo lo anterior, se es un hortera intelectual. Sentir, al menos, curiosidad por Legaz y satisfacerla, si se desea, no es tarea de archivero: desde 1943 –«Introducción a la ciencia jurídica»–, y hasta 1979-5.ª edición de su «Filosofía del derecho»– ha estado viva su presencia. Por si no fuera suficiente, recordaré que esta última fue traducida al alemán (*Rechtsphilosophie)* y publicada por Luchterhand (Berlin, 1965), la editorial tan prestigiosa adquirida luego en su sección de ciencias sociales por Kluwer, donde se ha incluido, y me alegro por ello, una de tus obras. De esa traducción, apareció en «Die Zeit» una amplia reseña. Como me pides que concrete más, por mi parte escogería tres trabajos de Legaz, dedicados respectivamente a la lógica jurídica, a la obligación política, y otro más difícil de encontrar: «La realidad del derecho», que se publicó en uno de los volúmenes editados con ocasión del centenario de la Ley del Notariado, 1964, de casi un centenar de páginas.

Pero me temo que el olvido creado por la «memoria histórica» haya envuelto a Legaz. Me estoy refiriendo a su colaboración con el franquismo, tanto más paradójica, cuanto que, en su juventud, al iniciarse la II República, partió de una aceptación de la misma desde el catolicismo, como ya señalé hacia los 1970, contrastando con la repulsa mayoritaria del catolicismo sociológico, que desaguó en la guerra civil. En el mismo grupo se encontraba su coetáneo Alfredo Mendizábal, catedrático de la materia en Oviedo, del que escribí admirado por su calidad moral, pues desde una postura «maritainiana», asumió el exilio lleno de dificultades. Legaz, por contraste, colaboró desde 1938 en el Ministerio de Organización y Acción social, teorizando sobre el «nacionalsindicalismo», y de 1942 a 1960 ejerció el Rectorado de la Universidad de Santiago de Compostela. A pesar de esas opuestas opciones, y mi distinto juicio sobre ellas, me resisto a manipular la realidad: como filósofo del derecho Legaz era superior a Mendizábal. Hay que distinguir uno y otro plano.

Volvamos al itinerario de mi opción académica: la elaboración de la tesis doctoral, mi larga estancia en Alemania, y las oposiciones a cátedra se realizan a contrapelo de Legaz. No te hablo de ello, porque por el momento no sé si te interesa, pero sí que puedes imaginar que Legaz, al seguir desempeñando cargos (Subsecretario de Educación con Lora Tamayo, 1962-1968; Director del Instituto de Estudios Políticos, 1970-74) ponía las cosas difíciles: para hablar con él había que pasar por varios filtros, de una entrevista a otra pasaban meses… Además Legaz era de un temperamento tímido: la conversación no partía de él, sino del visitante, las respuestas eran breves, a veces un asentimiento inarticulado. De las varias oposiciones que tuve que hacer, Legaz estuvo en el tribunal de una de ellas, y actuó con exquisito formalismo. Su voto no era para el más preparado, sino para «el más antiguo» en la línea de adjuntos.

Y para terminar, como mencionas a González Vicén, te diré que su presencia en el tribunal de la primera (1969) y última (1974) de las oposiciones realizadas por mí, y en las que me dio su voto, fue decisiva, consolándome además en las primeras y animándome para que siguiera delante. Luego, la relación, a pesar de la distancia insular, se fue estrechando. Con afecto, guardo su correspondencia de esos años.

**M.A.:** *Entre 1960 y 1964 tu trabajo intelectual, en la Facultad de Derecho de la Universidad Complutense, se centró en la elaboración de una tesis de doctorado que, defendida en 1965, se publicó algunos años después, en 1969, con el título de «El reformismo español. Krausismo, escuela histórica, neotomismo». Tratabas ahí de esas tres corrientes –las que se mencionan en el subtítulo– de filosofía jurídica, vigentes en España durante el XIX y principios del XX. Sobre esto, me gustaría formularte una serie de cuestiones. En primer lugar: ¿Por qué elegiste ese tema? ¿Suponía algún tipo de ruptura en relación con los temas de tesis habituales en aquella época? Luego: ¿Cuáles son las tesis fundamentales que defendías ahí? En particular: ¿Qué rasgos distintivos tienen esas tres concepciones? ¿Hay quizás también algún elemento que las tres compartan? ¿Cómo hay que interpretar lo que aparece en la contraportada de un libro tuyo, algo posterior a la tesis (*Krausistas y liberales*, 1.ª ed. 1975), en donde se dice que el autor «amplía y rectifica» «algunas tesis expuestas anteriormente en* El reformismo español*»? Y, finalmente, tu tesis de doctorado marcó, como alguna vez has escrito, una línea que has seguido durante toda tu vida intelectual. ¿En qué sentido? ¿Qué importancia atribuyes a la historia de las ideas jurídicas y políticas? ¿Podría decirse que es una línea de investigación que se está perdiendo en los últimos tiempos? Y, por cierto, ¿sigue habiendo hoy, en la iusfilosofía española, algún rastro de las tres concepciones consideradas en tu tesis de doctorado?*

**J.J.G.C.:** Parece razonable que elegir un mentor de tu itinerario académico suponga, en principio, poner en sus manos los primeros pasos de tu tarea investigadora: la elaboración de la tesis doctoral y la defensa final de la misma. La elección de tema, sin embargo, dadas las circunstancias, tenía que partir de mí mismo. Pero nunca se decide en el vacío, sino en un contexto. A la altura de 1960 el contexto estaba configurado mayoritariamente por la redacción de un estudio histórico y exegético sobre algún autor de la denominada desde tiempo atrás «escuela española de derecho natural»: así

habían procedido buena parte de los de mi entorno que concluyeran sus tesis en los veinte años anteriores. Se puede vincular este hecho a la ideología del régimen político. Y, en efecto, en la ley de 29 de julio de 1943, en su delirante preámbulo, leí juicios e incluso términos que recordaban las explicaciones de clase de González Oliveros, aludidas en la respuesta anterior. Diría, creo que atinando, que de su pluma surgía la loa a las universidades históricas de Salamanca y de Alcalá, de cuyas aulas «salió la doctrina que fundió el humanismo en el alma nacional, cristianizando las paganías del Renacimiento», y considerando «al vivismo y al suarismo como creaciones autóctonas de nuestro genio científico». Luis Vives –bajo cuyo nombre se cobijaron los estudios filosóficos en el CSIC– y Francisco Suárez –a quien se dedicó una cátedra vinculada a la Facultad de Derecho de Granada– significaban lo «castizo», el «alma nacional», a punto de extinguirse por «la corriente extranjerizante, laica, fría, krausista y masónica de la Institución Libre de Enseñanza, que se esforzaba por dominar el ámbito universitario». Cristalizaba así el esquema maniqueo de la «guerra de ideas» con la que se justificaba ideológicamente la «guerra civil». Las citas que acabo de hacer no parten de una memoria prodigiosa, aplicada a temas «memorables»: no he tenido más que acercarme a un estante próximo a la mesa de mi biblioteca de trabajo, en la que estoy redactando la respuesta que me pides, para dar con el «libro escolar», con que se nos proveía a los estudiantes al matricularnos en el primer año de carrera, a fin de que los administrativos de secretaría de la Facultad fueran llenando sus páginas de papel pajizo con sellos de tampón de tinta roja correspondientes a asignaturas, convocatorias, etc. con las calificaciones firmadas por los profesores. Pues bien, las primeras páginas de ese «libro» contienen el texto íntegro de la ley de 1943, vigente en substancia hasta la «tecnócrata» ley de educación de 1970. No he tenido más que volver a abrirlo, sin que, gracias a la humedad ambiente, haya acumulado excesivo polvo.

Pero no se piense que el hartazgo del primer elemento de la dialéctica me hubiera decantado por la «heterodoxia» del segundo elemento. Las cosas no eran así. La machacona dedicación al estudio y edición de los abundantes tratados de la «segunda escolástica», no exclusiva de frailes, pero flanqueada por ellos, no había arrancado en el franquismo, sino bastantes años antes. Cuando elegí el tema definitivo, centrado en la filosofía del derecho del XIX en España, comprobé que esa atención al tema había tomado cuerpo en la Restauración monárquica con escritores como Menéndez Pelayo, Hinojosa, Fabié, el mismo Cánovas, Costa y otros muchos, menos relevantes, pero no cortos en número. Siguiendo el curso del tiempo, la corriente se engrosaba en la dictadura de Primo de Rivera, destacando el empuje del colaborador de ese régimen Yanguas Messía, decisivo para la puesta en marcha de la Asociación Francisco de Vitoria y de su «Anuario», cuya primera entrega (1927-1928), salió a la luz en 1929, y en el que colaboraron casi todos los internacionalistas y filósofos del derecho de la época. Sin mucho cavilar me viene a la memoria un raro folleto, que tengo entre mis papeles: es la crónica de un discurso pronunciado en mayo de 1928 en el paraninfo de la Universidad de Salamanca, presentes Alfonso XIII y el presidente del consejo de ministros Miguel Primo de Rivera, siendo el orador el ya citado González Oliveros, quien disertó sobre

«fray Luis de León en la restauración de los valores culturales hispánicos». El disertante era coetáneo de Yanguas, por lo que, como ya dije del primero, ambos se jubilaron el mismo año de mi licenciatura, si bien en esas fechas el segundo dedicaba su docencia al derecho internacional privado.

Pero la atención a la «escuela de Salamanca» continuó durante la II República. Puede servir de puente entre uno y otro período, el que Recaséns Siches había elaborado su tesis sobre «la filosofía del derecho de Francisco Suárez» (1927), y su apadrinado Legaz, aparte de ocuparse de Kelsen, también publicó en una relevante revista jurídica austriaca un artículo sobre el teólogo jesuita (1934). Ambos estudios serían superados, después de la guerra, por el incompleto «Suárez» de Gómez Arboleya (1946). El «Anuario» aún pudo poner en circulación dos nuevas entregas. Y si bien en la guerra civil varios juristas, junto con algunos teólogos, intentaron acudir a nuestra escolástica del XVI y XVII para justificar el «alzamiento», la España liberal, la que buscó su suerte en el exilio, ensalzó con frecuencia el alcance de esos escritores del pasado para justificar el nuevo orden internacional (ONU) y la Declaración de derechos humanos (Fernando de los Ríos, Alfredo Mendizábal, Altamira, Jiménez de Asúa…). Por mi parte, para entender esa ambivalencia, me bastaban los libros de filosofía política de Maritain, que había encontrado en la biblioteca de un colegio mayor cuando comencé mis estudios universitarios.

Por todo ello, sin dejar de perder de vista la más accesible «heterodoxia» patria, quise llenar uno de los vacíos de mi enseñanza secundaria: la historia de España. Esta se detenía en el siglo XVIII, en que comenzaba inexorable su «declive», y eso aunque tuviera como libro de texto el manual de Ciriaco Pérez Bustamente, habitual en el primer curso de la Facultad de Filosofía y Letras, tan extenso, que no podía desarrollarse en un curso escolar. Por mi cuenta y riesgo, y sin urgencias de examen, iba leyendo con interés monografías sobre «historia contemporánea», de España y «universal», es decir, occidental. Mi bagaje no era escaso, y se había acumulado con verdadero placer. Así se anunciaba que mi investigación iba a merodear por la España «contemporánea». Legaz, que ya había publicado sobre Joaquín Costa en los años cuarenta, me informó que en esos comienzos de los sesenta se estaban elaborando tesis de doctorado sobre el aragonés: una, dirigida administrativamente por él, la redactaba Gil Novales, y versaba sobre «derecho y revolución» en Costa, concepto este último, no inspirado por Marx, como podría creerse, sino más bien en el radicalismo burgués de los hombres de la III República francesa. La otra tesis sobre Costa la redactaba en la Universidad de Granada López Calera, partiendo de la imagen acuñada de pensador «tradicional». Ambas se publicaron el mismo año (1965), por los meses en que defendí la mía en la Complutense, ya no centrada en Costa, sino construyendo un marco de referencia en el que situar a pensadores activos desde la «Gloriosa» (1869) hasta la II República española. Para aclararme yo mismo y convencerme de que las ambivalencias de, por ejemplo, Costa se explicaban por carecer de ese marco de referencia, que reconstruyera la distintas corrientes de pensamiento jurídico existentes, así como sus afinidades y tensiones, me ayudó, como tesis provocativa, la monografía de Tierno Galván, «Costa y el

regeneracionismo», publicada en 1961, en que se sentaba ya la tesis del «pre-fascismo» de Costa, puesto de manifiesto por la simpatía que tuvo el dictador Primo de Rivera por su «cirujano de hierro», capaz de extirpar con su bisturí los males de la patria. Pero cuando vivía, Costa fue un republicano fiel a la integridad del krausista Salmerón, y si tuvo veleidades de populismo «boulangeriano», este no alcanzó solidez. Las contradicciones pueden estar no solo en las personas sino en las ideas. Y las de Costa, en gran medida, eran krausistas. Había que ahondar en ese krausismo, que en su versión de filosofía política y jurídica requería una documentación más amplia. A principios de los sesenta, cuando emprendí mi investigación, podía contar con el estudio de López Morillas (México, 1956), más cultural que filosófico, y el poco difundido de Rivacoba, sobre krausismo y derecho (Santa Fe, Argentina, 1963), escrito con escasez de fuentes, como me confesó el autor al facilitarme un ejemplar. Pero en España, trabajando sobre archivos, textos, prensa…, se estaba reconstruyendo la crónica minuciosa de la Institución Libre de Enseñanza (Cacho Víu, 1962), y de su difusión intelectual y política («Los reformadores de la España contemporánea», como reza el título del estudio de Gómez Molleda, 1966).

Costa, pues, me conducía a estudiar el krausismo en su diversidad de corrientes y en su variada representación en las instituciones, cátedras universitarias y de segunda enseñanza, boletines, revistas, bibliografía. El material era inmenso, y en algún momento de crisis me sentí desbordado. Pero siendo sus tesis bastante reiterativas, sobre todo a partir de Giner, podía fijarse un «canon» del krausismo español: intentaba superar el liberalismo «individualista», dominante en la primera mitad del siglo XIX, proponiendo una concepción «organicista» de la sociedad. El protagonismo, más que en el individuo, residía en el «cuerpo social». La metáfora «organismo» suponía la integración de los «miembros» (individuos y grupos sociales) en un todo estructurado gracias a la actividad meramente instrumental, subsidiaria, del Estado. A la sociedad creada «artificialmente» mediante un hipotético contrato entre individuos, se contraponía un organismo «natural», formado espontáneamente, si la sociedad estaba sana, por los más diversos organismos, que articulan las actividades humanas. Por ello me pareció que el maniqueísmo de Menéndez Pelayo contraponiendo a los krausistas con los católicos, que al construir su filosofía social seguían el camino trazado por el coetáneo neotomismo italiano, se aferraban también a la metáfora del «organismo» y sus corolarios. La lucha sí que existía, pero lo era por alcanzar la hegemonía cultural en el país. Y, por último, observé que, en la periferia, los juristas catalanes, opuestos a la política centralista de uniformidad codificadora, también hacían uso de esa metáfora, rastreable en el carácter «popular» del derecho, apoyándose indistintamente tanto en krausistas como en neotomistas. Como síntoma de ese denominador común de las tres corrientes no es anecdótico señalar que la tardía traducción de la obra fundamental de Savigny, «Sistema» (1878-1879), se debiera a dos profesores de la Institución Libre de Enseñanza, y en el prólogo del catedrático catalanista Durán y Bas se aludiera al carácter orgánico del derecho surgido del pueblo, lugar común que, con ropaje tomista, alejado del fideísmo carlista, se proyectó en «La tradició catalana» del clérigo Torras y Bages, que

ocuparía la sede episcopal de Vic cuando Durán desempeñaba en Madrid la cartera de Gracia y Justicia. En conclusión, en coherencia con ese planteamiento, la tesis doctoral se tituló: «La filosofía orgánica del derecho en España». Cuando, tras una complicada y lenta gestión, se editó en la prestigiosa editorial Ariel, en buena parte gracias a los buenos oficios del catedrático de Barcelona Ángel Latorre, años después magistrado de primera hora del Tribunal Constitucional, el editor, A. Argullós, me sugirió un título menos académico, con el que al fin salió a la luz, en 1969, lo que había quedado en más de un cajón desde 1965.

Me permitirás que varíe levemente el orden de tus preguntas finales. Efectivamente, esa obra inicial me ha marcado. Todavía se me reclama para un congreso, un coloquio, una contribución a un libro colectivo, tanto en España como fuera de ella, a pesar del casi medio siglo transcurrido. En realidad, con el transcurso del tiempo, no ha cambiado mi planteamiento, a pesar de que en la contraportada de «Krausistas y liberales» se hablara de «rectificación», también aquí por cortesía con el editor. Sí que he tenido que rectificar datos, en una obra por lo demás tan rica en ellos.

En esos años finales de los sesenta e iniciales de los setenta se prodigó la redacción de tesis, las más dedicadas monográficamente a algunos autores abordados en mi libro. Recordaría, a este respecto, la actividad desarrollada en la cátedra de Granada: Ollero estudiando a Ortí y Lara, Valls a Dorado Montero, o Maresca, siempre agudo, vinculando a Leopoldo Alas con el «reformismo». Muy amplia sería, a este respecto, la actividad de los discípulos de Elías Díaz: Laporta ocupándose de Adolfo Posada, Núñez Encabo haciendo lo propio con Sales y Ferré, o Virgilio Zapatero iniciando su dedicación continuada a Fernando de Los Ríos. Y seguramente se me ha escapado algún otro nombre. Ahora, ese ritmo ha decrecido, aunque sigue con buen nivel: recordaría a Rivaya, García Manrique…Pero hay que reconocer que esa línea de investigación se está perdiendo, y las modificaciones de los planes a estudio, reduciendo cada vez más la atención a la «filosofía del derecho», han contribuido a ello. Pero en todo caso se trataba en estas obras de narrar el pasado, no de continuarlo.

De todas formas, tampoco el tiempo pasado fue tan bello. «El reformismo» recibió pronta atención en dos reseñas críticas de historiadores del derecho (Gibert, Tau Anzoátegui) y se acabó convirtiendo en cita obligada por ese mismo gremio (Tomás y Valiente, en la «Enciclopedia de Historia de España», de Alianza, dirigida por Artola) o por los constitucionalistas (Martínez Cuadrado en la «Historia de España», volumen VI, de Alfaguara) o por historiadores de las ideas (Abellán, en su «Historia crítica del pensamiento español», tomos IV y V), o las remisiones de la «Historia de España Menéndez Pidal», dirigida por Jover en los últimos volúmenes, o por Fusi, en la «España del siglo xx», dirigida por Juliá y otros, para Marcial Pons. Del gremio de filósofos del derecho recuerdo con afecto las referencias de Elías Díaz, o de Rivaya. También entre los historiadores de la literatura española veo referencias.

Por último, para defender la importancia de la historia de las ideas me encuentro en este momento con escasas fuerzas.

**M.A.:** *Sigamos todavía en los años sesenta. Durante esa década estuviste vinculado formalmente a la Complutense, a la cátedra de Legaz, pero una buena parte de tu tiempo transcurrió en Alemania. ¿Cómo fue eso? ¿Podría decirse que tu formación como iusfilósofo ha sido más bien la de un autodidacta? ¿O en Alemania encontraste los maestros que aquí no existían o no actuaban como tales? En el «Elogio» que te dedicó Juan Ramón Capella con ocasión de tu jubilación, se refiere a tu estancia en Alemania como un intento para librarse de las «anteojeras» del «iusnaturalismo medievalizante» que entonces imperaba en España «mirando hacia afuera» (y «buscando hacia atrás», pero de eso –de la historia de la filosofía del Derecho en España– hemos hablado en la anterior pregunta). Afirma también que, de alguna manera, en Alemania elegiste como maestro a Karl Engisch. ¿Fue así?*

*Y ahora, de nuevo, un juicio comparativo: ¿Qué diferencias había entonces entre la universidad alemana y la española, en particular por lo que se refiere a la Filosofía del Derecho? ¿Han cambiado las cosas después de tanto tiempo?*

**J.J.G.C.:** Como te indiqué, presenté la tesis doctoral a finales de 1964 y la defendí en la primavera del año siguiente; pero mi estancia en Alemania estaba planeada antes de su defensa, ya que pasé el largo verano del 64 en un pueblecito de Baviera, junto al Ammersee, cursando en el Goethe-Institut el nivel de alemán suficiente para iniciar estudios, a partir del semestre de invierno, en la cercana Ludwig-Maximilians-Universität de Munich. El reglamento del doctorado y las muchas ocupaciones, no solo académicas, que se atribuían a los catedráticos complutenses, obligaron a fijar la fecha de la defensa medio año más tarde, y hubo que poner fin a las dilaciones de uno de los miembros del tribunal, a la sazón alto cargo en el ministerio de Justicia, sustituyéndolo por otro colega, que resultó ser el que más atentamente leyó el trabajo y con mayor base hizo preguntas: Federico de Castro y Bravo, de familia institucionista, por cierto.

¿Por qué esa estancia alemana? Ya sabes que desde 1907, en que se creó la Junta de Ampliación de Estudios, quienes iniciaban el camino que les conduciría a la cátedra, tras defender su tesis necesariamente en Madrid, solían optar a las becas de la Junta para, obviamente, «ampliar estudios» y dar consistencia a su currículo. Y en el caso de los aprendices de filósofos del derecho el lugar de destino era sobre todo Alemania, salvo para los becarios del Colegio Español de Bolonia, en cuya universidad se doctoraban, dando preferencia en sus trabajos a las corrientes italianas de la materia. Seguí esa tradición, hoy ya no tan obvia, ya que autores anglosajones, de un lado y otro del Atlántico, se han convertido en referencia en los últimos decenios. En los sesenta, casi hubiera sido un pionero si me hubiera trasladado a Oxford, pues me atrajo el curso de doctorado que, dirigido por el civilista Hernández Gil, había glosado «El concepto de derecho», de H. L. A. Hart, siguiendo los más interesados la traducción española realizada por G. R. Carrió, publicada en 1961 por la editorial argentina Abeledo-Perrot, que desde entonces he manejado con asiduidad. Dada la escasa formación recibida en la licenciatura, mis conocimientos de los teóricos alemanes del derecho se reducían a un poco de Stammler y Kelsen, y algo de Radbruch, que había que leer con prevención, pasados por el tamiz de profesores escolásticos laicos, que cuando cursaba el primer

curso me remitieron al libro disuasorio del jesuita G. Márquez: «Los juristas alemanes al alcance de los estudiantes», que no era una «guía», sino una censura, a la que precedía la «buena doctrina», es decir, «el sistema jurídico católico». Este libro se editó varias veces en los cincuenta y los sesenta, paralelamente a la obra: «Lecturas buenas y malas», del también jesuita A. Garmendia. Eran consecuencias del Estado confesional, laxamente impuestas, sin embargo: las ediciones de esos autores en los años 30, fueron reimpresas varias veces, eso sí, silenciando el nombre de los traductores, que habían partido hacia el exilio.

Además, en la misma República Federal alemana, el neokantismo había hecho examen de conciencia y pedido perdón a los que le imputaban, por su relativismo, haber dejado inermes a quienes hubieran debido enfrentarse al estado hitleriano. Radbruch mismo, en el prólogo de la primera edición de posguerra de su «Filosofía del derecho» y más extensamente en su «Introducción» (*Vorschule*) –traducida por otro exiliado, W. Roces, para FCE de México en 1951– ya abundaba en la problemática fórmula: «…la ley extremadamente injusta no es una verdadera ley». Mientras cursaba el doctorado tenía noticia de esa rectificación, así como del «retorno» a esa cultura jurídica del «derecho natural», ya que más de un crítico equiparaba el «positivismo jurídico» con el principio hitleriano: «la ley es la ley». En esa búsqueda de culpables, salía malparado el luteranismo, que secularmente había desconfiado del «derecho natural», dada su concepción de la «natura damnata», base de la «teoría de los dos reinos» formulada por Lutero. De esa polémica entre confesiones había alguna noticia entre nosotros: la referencia al protestante francés Jacques Ellul, hecha en el libro de Welzel, estudiado por mí en la licenciatura, como ya apunté; la traducción que Recaséns hizo del teólogo suizo Emil Brunner («La justicia», UNAM, 1961); las afirmaciones sobre el tema hechas por Erik Wolf («El problema del derecho natural», Ariel, 1960). Con cierta audacia juvenil impartí unas clases sobre el tema en la Complutense, recomendando previamente a los alumnos la lectura de Aranguren, «Catolicismo y protestantismo» (1952) y publicando, antes de concluir mi tesis, si bien no en revista jurídica, la síntesis de alguna de esas clases.

En todo caso, el «retorno» al derecho natural se hacía con cautelas, e incluso acudiendo, no a una filosofía «perenne», sino a una filosofía prestada: el existencialismo. Desde mediados de los cincuenta y hasta los sesenta, el profesor Werner Maihofer intentó reiteradamente casar una filosofía tan centrada en la existencia individual, como la de Heidegger, con una filosofía social y jurídica. Difundió entre nosotros esa corriente, Luis García San Miguel, quien años más tarde, en 1993, apadrinó a Maihofer en la ceremonia en que se le otorgó el doctorado «honoris causa» por la Universidad de Alcalá de Henares.

Llegados a este punto, permíteme Manolo que te haga un comentario personal. Tenía entonces –y sigo teniéndola hoy– una convicción que otros considerarán rígida: un profesor debe consagrarse solo a su actividad académica, y no servirse de su prestigio para saltar a la actividad política. Creí que esta era una actitud «germánica» y me llevé una decepción al seguir de cerca en los años setenta los derroteros de Maihofer. Fue

miembro del Partido Liberal Demócrata (FDP), un partido clave, porque era el aliado de los grandes, para lograr mayorías. Concretamente fue ministro en un gobierno presidido por Willi Brandt y, sucesivamente, en otro liderado por el también socialista Helmut Schmidt. En este caso se le asignó la cartera de Interior. Peliaguda tarea, pues en esos años se fundó y fue muy activa la «Rote Armee», la «guerrilla urbana», conocida un tiempo como la «banda Baader-Meinhof». En su persecución, las fuerzas del orden fueron sospechosas de que unos suicidios tuvieran tal vez el carácter de un «crimen de Estado». Aquí acabó la carrera política de Maihofer, pero también la académica: salvo escritos circunstanciales, o introducciones a libros colectivos, apenas dejaría algo reseñable, a pesar de su longevidad. Soy consciente de que se me puede objetar que el gran penalista y filósofo del derecho Gustav Radbruch, miembro del partido socialdemócrata (SPD), ocupó dos veces el ministerio de Justicia en la República de Weimar, y eso no fue en detrimento de su prestigio profesoral. En efecto, como ministro promovió políticas penales (despenalización del aborto, paso de la represión a la reinserción, proyecto de código penal, etc.), que, aunque solo parcialmente pudieron llevarse a cabo, eran al fin la puesta en práctica de su «auctoritas» científica, no mero ejercicio de «potestas». De hecho, el régimen hitleriano le aplicó la sanción que más daño podría hacerle: desposeerle de la «venia legendi», tanto dentro como fuera del país. La ley nazi del partido único no se le aplicó con carácter individual, lo que sí se hizo con quien le sucedió en la cátedra de Heidelberg en 1934, casualmente Karl Engisch, obligado a afiliarse al NSAP.

Hemos llegado al punto del relato en que aparece, como me preguntabas, Karl Engisch. Diré de antemano que Legaz –esta vez fue él– me aconsejó que fuera a estudiar con Engisch, catedrático de derecho penal y de filosofía del derecho en Munich, a quien debía conocer por formar ambos parte del «Praesidium» de nuestra Asociación Internacional (IVR). Engisch también participaba del inicial relativismo de Radbruch, si bien atemperado por la apelación a un tópico de la retórica romana, que este consideró como una «forma de pensamiento jurídico»: la «naturaleza de la cosa» (*Natur der Sache*). Tal era el título de una monografía publicada en 1948, un año antes de su fallecimiento. Una vez más, el buen olfato del argentino Ernesto Garzón, publicaría en 1968, en su Córdoba natal, la traducción en español del opúsculo. Por esos años sesenta y parte de los setenta, de la naturaleza de la cosa se ocuparon varias monografías en distintos idiomas. Engisch la puso en relación con el derecho penal.

Pero sobre todo había volcado su interés en temas de metodología jurídica: sistema jurídico, aplicación de las normas, abstracto y concreto en el ordenamiento y en la ciencia jurídica… Una reseña de «la idea de concreción en el derecho», que yo más tarde traduciría (1968), y firmada por Legaz, había aparecido en el «Anuario de Filosofía del Derecho». De nuevo estaba Garzón al tanto, traduciendo el artículo: «El ámbito de lo no jurídico» (Córdoba, 1960). Y su popular «Introducción al pensamiento jurídico» (1956; nueve ediciones en vida) también fue traducida por Garzón, con leves correcciones de García San Miguel (Guadarrama, Madrid, 1967). Con el conocimiento de esa obra comentada y traducida, y leído el original de la «Introducción», iba yo a encontrarme con el autor, acompañado de una carta de presentación de Legaz, a la salida

de su primera clase del semestre de invierno 1964-65. Aparte de su cortesía, lo que me mostró, una vez cruzadas las primeras palabras, fue su sentido del humor. Cuando me preguntó por mi dedicación a la filosofía del derecho –recordaré que en la Alemania de entonces y de ahora hay penalistas, civilistas, etc. que dedican «además» su atención a la misma–, me dijo con sorna:

Y, ¿qué hace usted por las tardes? («Und was machen Sie Nachmittags?»)

Engisch me dedicó no poca atención: siguió mis trabajos, principalmente el que publiqué en el «Archiv» (ARSP), y la traducción antes aludida. También fue valedor para la concesión de una beca de la Alexander von Humboldt-Stiftung, de cuyo Kuratorium formaba parte. Y aunque Legaz no debía conocer que Engisch alcanzaría la edad de jubilación en 1967, este continuó en Munich y en Heidelberg como profesor honorario, trasladándose a la segunda ciudad a la muerte de su esposa. Le hice alguna visita, y aproveché la ocasión para acercarme a la ciudad del Neckar y a su universidad. En su salón de grados, el rector y el decano de derecho de la Universidad de Zaragoza y yo como padrino, le entregamos la credencial de doctor «honoris causa» por la universidad cesaraugustana (1983), a la que no podía trasladarse dado su estado de salud.

En la Universidad de Munich seguí cursos y seminario con Karl Larenz, autor de una relevante «Metodología del Derecho» (1960). Y, por supuesto, tuve bastante relación con el sucesor de Engisch en la cátedra: Arthur Kaufmann. Pero de los dos y de alguno más quizá haya luego ocasión de hablar.

**M.A.:** *Permíteme que interrumpa en cierto modo el orden cronológico que estamos siguiendo en la entrevista y que te haga dos preguntas relacionadas todavía con Engisch, pero que se refieren también a lo que ahora piensas sobre ello.*

*La primera tiene que ver con el* Estudio preliminar *a la traducción del libro de Engisch,* La idea de concreción en el Derecho y en la ciencia jurídica actuales. *Allí escribes más de una vez que lo que trató de construir Engisch, su contribución a la metodología de la aplicación del Derecho, fue algo así como una «lógica material» que –entiendo yo– se encontraría a mitad de camino entre la tópica de Viehweg y la lógica jurídica de un autor como Klug; una de las nociones centrales de la obra de Engisch, la de «tipo», parecería estar también situada entre lo que Viehweg entendió por «tópico» y lo que un lógico como Klug entendería por «concepto». ¿Pero qué hay que entender exactamente por «tipo»? ¿Y cómo valoras hoy la contribución de Engisch? Él escribió ese libro, su obra más importante, en 1953, por lo tanto, mucho antes de que se pusiera de moda la locución «argumentación jurídica». ¿Pero podríamos considerar a Engisch como uno de los precursores de las teorías de la argumentación jurídica? ¿Y qué piensas sobre lo que se ha dado en llamar el «giro argumentativo» en la filosofía del Derecho contemporánea?*

*La otra pregunta me la suscita el coqueteo (si se me permite hablar así) de Engisch con la famosa «naturaleza de la cosa (o de las cosas)» En tu* Estudio *señalas también, y lo repites en el* Epílogo*, que Engisch, que fue un crítico del positivismo jurídico, se mostró también más bien escéptico en cuanto al carácter supuestamente objetivo de esa instancia valorativa; y el lector tiene la impresión de que también tú compartes ese escepticismo. ¿Es así? ¿Cuál*

*fue y cuál es tu posición en relación con el Derecho natural? Y como me doy cuenta de que la respuesta a esta última pregunta daría para todo un libro, la concreto en la forma siguiente. Uno de tus primeros trabajos estuvo dedicado a la noción de ley natural en Santo Tomás de Aquino, y luego has escrito en varias ocasiones sobre este autor y sobre el neotomismo. En la entrevista que te hizo Rivaya haces una referencia muy elogiosa a John Finnis: «el derecho natural clásico pocas veces ha tenido mejor formulador» que este autor que, además, habría extendido «su radio de acción a la ética, la política y el derecho». ¿Podrías darnos más detalles sobre el anterior juicio, referido al que seguramente es el autor iusnaturalista –tomista– más influyente de las últimas décadas? ¿Qué opinión te merece hoy el pensamiento de Santo Tomás? ¿En qué habría que cifrar su principal legado?*

**J.J.G.C.:** Contestaré, con un cierto orden expositivo, a tus dos preguntas: a) qué hay que entender por «lógica material» cuando nos referimos a Engisch; b) cuál es mi opinión sobre el iusnaturalismo tomista, tanto «clasico», como el «nuevo» mantenido por John Finnis. Creo que es eso lo que me pides.

Dentro de lo simplificadoras –y, por ello, desfiguradoras– que suelen ser las etiquetas, le daré la palabra al propio Engisch, quien en el epílogo que redactó para la segunda edición de su «Idea de concreción», incluido en mi traducción, afirma que su propósito es abordar desde perspectivas diversas el problema: «derecho y realidad». Como él no se encuentra en actitud de abordar algo así como una «ontología jurídica», estamos, como ya figura en el título de una obra suya anterior, ante un «estudio lógico». Incluso recoge en la misma sede la crítica que Hans Welzel –quien, por lo que dije antes de él, podría ser considerado un «ontologista»– le dirigió: «…ve en mí, y no sin motivo, un representante del "nominalismo", que él rechaza de todo corazón». No hay que tomar al pie de la letra lo de nominalista, a lo que por cierto me referiré más adelante. Ya sabemos que el nominalismo, como crítica del tomismo en el siglo XIV, echó sus raíces en el mundo anglosajón y aún pervive. Por ello me parecen más oportunas las coordenadas que me ofreces: ¿se encuentra Engisch a medio camino entre Klug y Viehweg? Por lo que hace a Klug, su «lógica formal», con apoyatura en autores como von Wright, es una lógica de proposiciones, enfrentadas dialécticamente por su hipotética «verdad» o «falsedad». Siendo Klug algo más joven que Engisch, a quien trataba como maestro, como pude comprobar, y de quien editó, junto con otros, sus escritos de «teoría del derecho», el «discípulo» tenía la cualidad de matizar su formalismo; a mano tengo subrayado de tiempo atrás un texto de la traducción de su «Lógica jurídica» (García Bacca, 1961), en el que afirma que cuando se infieren consecuencias a partir del derecho válido, al lado de las premisas legales, hay que contar con un material más amplio.

Por lo que hace a Viehweg, cuya «Tópica y jurisprudencia» (1953) tuvo una acogida explosiva entre juristas, aunque algunos la consideraron excesiva (recuerdo que, en una conversación en Frankfurt, Coing calificó todo ese evento de *Unfug*, de abuso o exceso, y quizá irónicamente, de travesura), relativizaré su autoridad. El voluminoso «Tratado de la argumentación» (1958) del belga Perelman trató de incoar una «nueva retórica», que recordara a las ciencias sociales las técnicas discursivas ya olvidadas por el

racionalismo imperante desde fines del XVII. Paradójicamente viene a mi memoria que, frente a Engisch, que en sus obras solo cita bibliografía en alemán, Viehweg apela en varios de sus breves escritos a A. J. Ayer, C. L. Stevenson o R. M. Hare cuando aborda el lenguaje performativo. Engisch, por contraste, cita abundantemente (capítulo I de «Concreción») a lógicos alemanes de finales del XIX y a los que proliferaron en torno a las «Investigaciones lógicas» de E. Husserl, en el primer tercio del XX. Pero por eso no sigue los pasos de la fenomenología. Para entenderlo, hay que reconstruir más bien el panorama que le circunda: la polémica de paradigmas «jurisprudencia de conceptos»-«jurisprudencia libre», entre los cuales media: ni subsunción, ni libre creación del derecho. Eso también lo pretendió la «jurisprudencia de intereses», con la que coincidía en mantener la vigencia de la subsunción lógica de «hecho» bajo la «norma», pero en un contexto interpretativo abierto. ¿Cuál? He escuchado muchas veces de Engisch que la subsunción es un camino reiterado de «ida y vuelta» (*hin und her*), del hecho a la norma y de la norma al hecho, cuantas veces sea necesario para perfilar cada vez más el alcance del texto y la relevancia jurídica del hecho, mediante sucesivas correcciones mutuas. No es así como discurre la tópica de Viehweg, ni siquiera admitiendo su tópica de «segundo grado». No tiene el juez a mano, como criterios de decisión, un número indeterminado de «tópicos», de «lugares comunes». Hay que partir de la ley, si se quiere hacer compatibles justicia y seguridad. Pero hay que interpretarla. Aunque Engisch alude a la argumentación, no construye una hermenéutica, quizá por su cierto «horror a la especulación filosófica». Aunque sí merodea en torno a ella en su último libro, que recoge las lecciones que le escuché en las clases dictadas en Munich, a mi llegada: «En busca de la justicia» (1971), título dado por Franz Wieacker al capítulo final de la segunda edición de su «Historia del derecho privado» (1967). A ti te tiene que sonar lo proustiano de tal título…Y sin embargo la filosofía la tenía Engisch bien cerca, en el mismo Heidelberg en que me facilitó el acceso a Georg Gadamer. Pero ahora no me has preguntado sobre hermenéutica.

Sí, en cambio, sientes curiosidad por qué se entiende por «tipo» en la metodología jurídica. Si en la interpretación se trata de «concretar» lo que se encuentra formulado en conceptos abstractos, generales y rígidos, y sabiendo además que esos conceptos no pueden ser unívocos, quizá haya que sustituir ese tipo de conceptos por otros más idóneos para que el derecho sea capaz de abarcar la «vida» tan equívoca. Esa tentación no viene, en el caso de Engisch, por deformación profesional (el tipo penal), sino más bien de la propuesta de Max Weber, que fue profesor suyo, entre otros, en la Universidad de Munich, y al que dedicó en 1964 una conferencia académica. Weber creyó edificar su sociología comprensiva sobre el «tipo ideal lógico», desprovisto «prima facie» de carácter axiológico. En el tipo (por ejemplo: «típico aragonés», «típica casa pirenaica», «típico funcionario», «típica muestra de odio», etc.) se condensan tendencias a lo real, a lo total, a lo específico, a lo individual, a lo determinado, a lo intuitivo. En todo caso, lo típico es más concreto que el concepto jurídico. Estamos ante el tipo «medio», «frecuente», «característico». Pero no solo hay tipos meramente «descriptivos»; también los hay «normativos» (contratos típicos y atípicos, formas típicas y atípicas de

sociedades, etc.). En todo caso, los tipos no se «inventan», sino que se «encuentran» en la realidad. El concepto se «define»; el tipo se «describe». Los hechos y datos singulares se «subsumen» bajo el concepto, mientras que se «ordenan» al tipo, en el sentido de que se refieren a él «más o menos». Lo que cae bajo el concepto aparece «idéntico» a él; en el caso del tipo, solo es «semejante». El concepto es «cerrado»; el tipo es «abierto». Por todo ello, y respondiendo a si Engisch es un precursor de la teoría argumentativa, te diría que el tipo no es en sí un argumento, pero sí un elemento válido en referencia al argumento analógico.

Pero, además, en la delimitación de los tipos está presente, a mi modo de ver, un argumento teleológico. El legislador, en razón de un «punto de vista» (interés jurídico a proteger; ataque a un bien jurídico a evitar, etc.) equipara hechos de la vida real. El juez procede de una manera análoga en la aplicación de la norma general, redactada conforme a la afirmación tan apodíctica como la de Arthur Kaufmann: «El derecho es originariamente análogo». No me parece procedente ahora detenerme a discutir esta opinión. Está hecha a partir de presupuestos ontológicos: más que de *analogía iuris*, se trata aquí de *analogía entis*. Hago esta observación nada más, y me remito a lo que glosa J. A. Santos en su monografía sobre Kaufmann (2008), al abordar en un apartado final la recepción del jurista alemán en España, en el que me alude con tino. Por su parte Kaufmann me cita en dos ocasiones en su obra recopilatoria *Beiträge zur juristischen Hermeneutik* (Colonia, 1984, pp. 9, 22).

A través de Kaufmann, del que ya te dije que sucedió a Engisch en la cátedra de Munich, y con el que trabajé algunos años en su seminario, paso a satisfacer tu curiosidad sobre mi relación con el tomismo. El tema ya suscitó perplejidad en los, a la sazón, estrictos tomistas que formaron parte del tribunal de mi primera oposición a cátedra (1969). Recordaré que en esa ocasión solo obtuve el voto definitivo de F. González Vicén, y otro dubitativo, en la primera votación, de las dos que hubo, de M. Hurtado. En comentaristas estrictos del momento, recordaré que E. Serrano Villafañe, en un artículo sobre la actualidad del «neoescolasticismo», especialmente en España («Persona y Derecho» 11 (1984) 529), dirá de mí: «… tal vez no esté claramente ubicado en el neoescolasticismo…». También dudaba de esa adscripción A. E. Pérez Luño, en la obra colectiva: *El derecho natural hispánico* (Escelicer, 1973, pp. 128 y s.).

De todos mis escritos, solo dos abordan con amplitud aspectos concretos de la obra de Tomás de Aquino, que creo conozco bien, y a quien sigo apreciando. Precisamente por eso, cuando en «El reformismo español» abordé el derecho natural del neotomismo, como una de las corrientes predominantes en la filosofía jurídica del XIX español, ya observé que, en ese contexto, la invocación a Tomás de Aquino no dejaba de ser problemática: partía del neotomismo italiano, particularmente de los jesuitas Taparelli y Prisco. El primero había sido influido por el ilustrado alemán del XVIII Christian Wolff, quien a su vez había tomado mucho del también jesuita del XVI-XVII, Francisco Suárez. Se trataba de un tomismo altamente contaminado de racionalismo y también de nominalismo. Por todo ello, frente al escolasticismo dogmático y poco flexible, encontré en varios de los no escasos títulos que manejé en el trabajo primerizo sobre la ley natural

como «participación», el interés por dar con el «Tomás de Aquino histórico», que ha de compaginar el Aristóteles «descubierto» en la Europa del XIII con el platonismo de la patrística. Ese largo escrito concluye con la observación del propio Aquinate de que no tenemos un conocimiento de la ley natural como la propia de un propietario de la misma, sino como la de un prestatario, que sobre la cosa ejerce un uso relativo, no pleno. Siendo más que exuberante la bibliografía sobre Tomás de Aquino, me sentí respaldado por la cita selectiva que Truyol Serra hizo de mi escrito en el capítulo referente al dominico en su «Historia de la Filosofía del Derecho».

Aunque publicado poco más de un lustro después, mi escrito sobre qué entendemos por «derecho natural clásico», enmarcado dentro del movimiento de «rehabilitación de la filosofía práctica» que conocí en mi estancia germánica, tuvo que volver al Aquinate, así como a su «maestro» Aristóteles. Sin desdeñar que el derecho natural sea considerado normativo, insistí en la adscripción de ese «topos» de la filosofía moral, política y jurídica a una «ética de las virtudes», concretamente de la «prudencia» y de la «justicia». La «analítica», más que la «dialéctica» entre saber teórico y práctica individual y social, era el método apropiado para establecer esa mediación.

Ya que me pides mi opinión sobre el derecho natural en John Finnis –que algún crítico ha considerado un «nuevo derecho natural clásico»– considero un logro que partiendo de una tradición cultural anglosajona, distinta de la de Bentham, Austin o Hohfeld, encarnada por sus coetáneos Hart y Raz, y analizando las afirmaciones de estos sobre la «dimensión interna» de la norma, es decir, los motivos de su aceptación por los destinatarios de ella, llega precisamente a fijar unos «tipos» de «bienes», que orientan razonablemente la acción humana, tanto individual como política, y que para fijar su contenido y límites hay que proceder argumentativamente. Aunque desde un punto de partida distinto, simpatizo con él, por el paralelismo que observo con los temas ya señalados sobre la «rehabilitación de la filosofía práctica», tal como la hice mía a través del estudio de filósofos del derecho alemanes, con los que me formé en mi periodo posdoctoral.

**M.A.:** *En el primer número de Doxa (en 1984), al exponer tu trayectoria académica, señalabas que entre los años 1964 y 1970 habías vivido casi sin interrupción en Alemania. Allí habías entrado en contacto, además de con Engisch y con Larenz, con la hermenéutica de Gadamer, con el racionalismo crítico de la escuela de Frankfurt, con la teoría de sistemas o con la filosofía analítica. Por lo demás, tu incorporación como catedrático en la universidad española fue a través de una oposición que bien puede calificarse de «histórica» porque, de alguna forma, marcó un antes y un después en la pequeña historia de la filosofía del Derecho española. La oposición duró más de cinco años y ha quedado como un modelo del grado de perversión que aquel sistema hacía posible. Después de arbitrariedades sin cuento, finalmente, en 1974, tú y Elías Díaz pasáis a ser catedráticos de filosofía del Derecho, respectivamente, en Zaragoza y en Oviedo. Tu lección inaugural (de la cátedra de «Derecho Natural y Filosofía del Derecho»), a finales del 74, se tituló «Un futuro posible de la filosofía del Derecho» y ese mismo tema lo has abordado, al menos, en otras dos ocasiones: en tu*

*contestación a la encuesta del número inaugural de DOXA, al que antes me refería; y en un trabajo publicado en los Anales de la Cátedra Francisco Suárez, dedicado a la filosofía del Derecho en España entre los años 1960 y 1985. Lo que me parece que constituye la idea central del primero de esos trabajos es que la filosofía del Derecho debería concebirse como filosofía práctica. En el segundo señalas, como temas, o tareas, centrales para el futuro, la necesidad de suministrar a la práctica jurídica una metateoría que pueda desempeñar funciones críticas y de guía de esa práctica, el estudio del Derecho como técnica social, y el tema de la justicia. Y en el tercero, después de hacer un análisis, digamos, institucional de la situación de nuestra disciplina durante esos años, destacas la dispersión e insuficiencia temática (existente entonces, en 1985), puesto que faltarían trabajos centrados en el Derecho como técnica de organización social, al igual que todo lo que tiene que ver con estudios de tipo metodológico, esto es, vinculados con la praxis jurídica.*

*Todo lo anterior pretende servir de contexto, al lector de esta entrevista, en relación con las dos preguntas que ahora quiero hacerte.*

*La primera se refiere a cómo consideras que ha evolucionado, desde 1985, la situación institucional de la filosofía del Derecho en España. Por ejemplo, ¿qué piensas sobre el sistema que ha sustituido al de las oposiciones? ¿Ha sido un cambio a mejor? ¿Existe algo así como una comunidad de filósofos del Derecho en nuestro país? ¿Constituye –la existencia de esa comunidad– una condición para que pueda desarrollarse una genuina filosofía del Derecho? ¿Qué opinión te merece, en general, la evolución de la universidad española en estos últimos años? ¿Qué piensas sobre el llamado «Plan Bolonia»?*

*La segunda pregunta podría plantearla así: ¿Tiene futuro la filosofía del Derecho? ¿Cuáles son los temas que hoy consideras prioritarios? ¿Los mismos que señalabas en los trabajos antes mencionados? En uno de ellos afirmabas, con un sentido evidentemente irónico, lo siguiente: «Lo nuestro es glosar, informar, criticar, a veces hasta con arrogancia». ¿Sigue siendo así?*

**J.J.G.C.:** Al recapitular esos escritos datados en los momentos inicial y final de mi primer decenio como catedrático, me traes a la memoria opiniones que entonces formulé con convicción, es decir que eran para mí válidas. ¿Quedará algo de ese ímpetu inicial, que conocía cabalmente qué se había hecho y hacia dónde íbamos a ir en el futuro? La curiosidad de tu pregunta no me oculta una presunción de que, por mi parte, hace tiempo que debo estar militando en el escepticismo. ¿Será ello síntoma de haber entrado en la senectud? No me gustaría que fuera así. Nos llevamos unos tres lustros de edad y tú estás a las puertas de la jubilación, mientras que yo entré en ella en 2007. A estas alturas de la vida, sin embargo, sí que estoy más cerca que tú de esa senectud, que no quisiera que fuera ni tan negativa como la de Bobbio, ni tan hagiográfica como la de Cicerón. Tampoco, como ironizó el poeta «seriamente enfermo», tengo, por ahora, miedo hipocondríaco de caer en un resfriado o de caerme en la calle. Sigo estando al tanto de la bibliografía aparecida en el último decenio, no solo anotándola periódicamente en mis archivos, sino también leyendo los títulos apetecibles, que cada vez son

más selectos y de más reposada lectura. Quizá incluso son más abundantes las relecturas. Lo mismo me ocurre con los libros de filosofía o de literatura.

En realidad, tu breve y rigurosa síntesis de lo afirmado por mí en los años iniciales contiene juicios que hay que matizar. Sigue pareciéndome una laguna claramente detectable en nuestro panorama la del estudio del derecho como realidad social, es decir, la función del derecho dentro de la estructura social. Si la sociología jurídica teórica de Max Weber o las más recientes propuestas de Niklas Luhmann han sido objeto casi de mera información o de glosa, creo que hay un campo de investigación más amplio carente de cultivadores. Y no es que esa laguna sea debida a que, en contraste, haya una amplia sociología empírica del derecho, relativa a ámbitos concretos de la realidad social. Detecto una amplísima bibliografía, que me resulta casi inabarcable, de una sedicente «filosofía» volcada en temas como: trabajo, salud, vivienda, educación, seguridad social, feminismo, infancia, ecología, redes sociales, hambre, migraciones, libertad de expresión, odio, agua, etc. etc. (mis datos sobre esa continua bibliografía reciente son tan numerosos, que debo interrumpir las menciones), que ni son «filosofía», ni «sociología», ni «derecho», y apenas no pasan de ser bien intencionadas denuncias ubicadas en el apartado académico de «derechos humanos». Creo que resultarían de mayor interés estudios transversales sobre esos temas en los que intervinieran conjuntamente juristas, sociólogos, conocedores de teorías críticas del derecho, etc. Creo que unos planteamientos generales, adornados con textos legales o jurisprudenciales, son insuficientes. Parecería que la elaboración de «trabajos de fin de grado», e incluso de tesis doctorales que proliferaron selváticamente en los últimos cursos –tareas impulsadas por equivocadas medidas legales–, abren la puerta sin pestillo al «corta y pega», e incluso a la publicación: el control de los presupuestos de los proyectos de investigación debería ser más riguroso. Pienso que hay editoriales, no exclusivamente jurídicas, que están haciendo su agosto gracias a ese gasto público incontrolado.

Sí que hay que reconocer, en contraste, que tanto los temas relativos a la metodología jurídica, principalmente la argumentación, han alcanzado un alto nivel, así como el tratamiento de la «justicia» (nuevos acercamientos a la dialéctica ancestral iusnaturalismo-positivismo: positivismo excluyente– positivismo incluyente, propuesta neoconstitucionalista en el tema de los valores y su ponderación), con buen conocimiento y debate con juristas alemanes, anglosajones, italianos.

Paso a la segunda cuestión que me planteas: mi juicio sobre la institución universitaria tras el «plan Bolonia», y sobre cómo haya podido repercutir su reforma en la filosofía del derecho. Dado que el año de mi jubilación coincide con el de promulgación de la Ley orgánica que implanta en España las directrices del Espacio Europeo de Educación Superior, mi opinión solo puede referirse a lo que comenzó en 1999, y a los cuatro años (2007-2011) en los que, como Profesor emérito, atendí un «máster». Si bien las cosas empezaron antes, con la regulación de la «autonomía universitaria». Por lo tanto Bolonia no es el año cero de una universidad que subjetivamente nos ha ido gustando cada vez menos y objetivamente ha ido bajando de rigor. Antes de 2007 existía malestar tanto en el profesorado como en el alumnado. Ese malestar se ha agravado

con la implantación del EEES. ¿Cómo es posible que lo que se prometía como una utopía («la Europa del conocimiento»), que sin embargo anteponía la adquisición de habilidades a la adquisición de conocimientos, que dividía la educación superior en una primera fase «generalista» y en una segunda de orientación «especialista», «para dar respuesta a las necesidades laborales que existen en la sociedad», que iba a «evaluar» interna y externamente las universidades mediante «sistemas de acreditación», que iba a proceder a las «reformas financieras necesarias para ello», resultara en realidad una decepción? Cuando estaba en activo puedo testimoniar que no había un entusiasmo incontenible por cambiar el mundo académico siguiendo esas directrices, que luego se nos han impuesto como si no hubiera vuelta de hoja. Además, implantadas esas normas en plena recesión, más bien se ha dado vía libre a la precariedad, a la que se nos impone que debemos amoldarnos: «así es la vida». La protesta se ha producido, pero no ha sido continuada. Ante el neoliberalismo del proyecto impuesto se han levantado voces que sonaban a un neomarxismo solo invocado. Vigente ha quedado el malestar, la precariedad y la jerga grandilocuente de los pedagogos del proyecto («excelencia», grotesca, como divisa). Cuando en mis años mozos conocí el ambiente académico alemán, estaba de actualidad el análisis sociológico de Helmut Schelsky sobre el lema de la universidad humboldtiana, «Soledad y libertad» (*Einsamkeit und Freiheit*), que consideraba vigente. ¡No me venga con monsergas!, me podrían soltar hoy.

En ese marco, la filosofía del derecho, incluso como denominación, ha desaparecido de bastantes planes de estudio, y ha visto asignados escasos «créditos». Y sin embargo la producción científica es hoy, salvando todo lo mucho que hay que salvar, superior a la existente en mis años de formación. Con la atomización producida solo es reseñable la tarea de algunos, no la de un colectivo inexistente. No todo lo del tiempo pasado fue mejor. Mantengamos a distancia, si es posible, la senectud.

**M.A.:** *Antes has recordado que nos llevamos aproximadamente 15 años que, creo recordar, era el lapso que Ortega y Gasset ponía entre una generación y otra. También has señalado que yo estoy ahora ya muy cerca de la jubilación, y quizás por ello –añado–, preocupado por el futuro de la filosofía del Derecho. Me parece que hay algunos indicios que apuntan a que nuestra disciplina no goza hoy, si consideramos el panorama internacional en su conjunto, de muy buena salud. Entre otros: la pérdida de peso académico en los países del norte de Europa, en Alemania o en los países anglosajones; la enorme dispersión temática a la que antes te referías; o el pragmatismo de corto vuelo, alentado por el neoliberalismo imperante, que es un rasgo cada vez más sobresaliente de la cultura jurídica (y no solo, claro) y que conspira naturalmente contra la filosofía del Derecho. En el mundo latino, de Europa y de América, la situación es algo mejor, al menos en cuanto al interés existente por la materia. Lo que quisiera preguntarte ahora tiene que ver con la contribución que las generaciones mayores podrían hacer para tratar de asegurar ese futuro; o, mejor dicho, con cómo sacar partido de esas contribuciones. Doy obviamente por descontado que todos (o casi todos) los que hemos dedicado nuestra vida profesional a esa actividad consideramos que sería una*

*lamentable pérdida que todo ese esfuerzo, todo ese trabajo acumulado, resultara baldío. Concreto todo lo anterior en estas tres preguntas.*

*La primera se refiere a algo de lo que ya hemos hablado: la importancia de prestar atención a la historia de la filosofía del Derecho y, en particular, a nuestra tradición. Tú has dedicado a ello una parte importante de tu trabajo y has analizado, por ejemplo, el pensamiento de autores que para muchos, para la inmensa mayoría seguramente de los iusfilósofos más jóvenes, son perfectamente desconocidos; por ejemplo, la obra iusfilosófica de Clarín (mejor: siguiendo tu tesis, de Leopoldo Alas) o de Alfredo Mendizábal (quien fuera catedrático de filosofía del Derecho en Oviedo y, me parece, uno de los pocos intelectuales que criticó el franquismo, desde el comienzo, apelando al Derecho natural y a sus creencias católicas). ¿Por qué deberíamos –deberían los más jóvenes– recordarlos, saber de ellos? ¿De qué manera podrían quienes pertenecen –o pertenecemos– a las generaciones mayores transmitir una experiencia a las más jóvenes? ¿Es eso posible, o es algo que está afectado por el escepticismo al que antes te referías?*

*Mi segunda pregunta consiste en pedirte algo que quizás consideres impertinente; a saber, que expreses de manera sintética lo que podría considerarse como tu filosofía del Derecho. En particular, que nos indiques cuál es tu concepción del Derecho, cómo habría que entenderlo para abordar las principales cuestiones de orden teórico o práctico. Y también cuál es tu posición en el campo de la teoría de la justicia. Seguramente adscribirse a una determinada tendencia o movimiento iusfilosófico tenga algo de simplificador, pero yo creo también que los tiempos que corren necesitan de mucha orientación. Y esa orientación, parece inevitable pensar así, tendría que venir de quienes más saben, de quienes han acumulado una mayor experiencia.*

*Y la última pregunta es esta: ¿Crees que tiene sentido esforzarse por construir una filosofía del Derecho del mundo latino como manera, en cierto modo, de encontrar un futuro –un futuro posible– para nuestra disciplina? Desde hace años hemos iniciado un movimiento en esta dirección (en 2020 se va a celebrar el tercer congreso de la* I-latina*, en la Ciudad de México), y me gustaría saber cuál es tu opinión al respecto y tus sugerencias sobre cómo, eventualmente, debería llevarse a cabo esa empresa.*

**J.J.G.C.:** Antes de contestarte, quisiera percatarme de dónde estoy, y podértelo comunicar con sinceridad. Inicialmente, te veo muy preocupado por el futuro y el presente de la filosofía del derecho entre nosotros y en el «panorama internacional». En uno y otro caso no ocultas un cierto pesimismo. Pero, al concluir tu propuesta, te veo muy ilusionado con un proyecto de plataforma común de «la filosofía del derecho latina», para el que solicitas mi opinión. Creo que la diferencia de edad –esos aproximadamente 15 años– justifica una diversidad de perspectiva, percibida ya en su día por el aludido Ortega y Gasset. Ya sabes que en su curso *En torno a Galileo* (1932, pero publicado en parte unos diez años después), articuló su «método de las generaciones» para rectificar la «óptica» según la cual las generaciones se «suceden», cuando en realidad, en un mismo espacio de tiempo, se «solapan» tres generaciones: la de los que están en la treintena, y que tras un aprendizaje se han instalado en el mundo científico vigente; la de quienes

entre los 30 y los 45 encuentran «todas sus nuevas ideas» para plasmar un pensamiento propio; por último, los que después de esa edad, lo desarrollan. Como él apenas rebasó los 70, casi no vislumbró la senectud, y por eso condenó al ostracismo a los que se encuentran donde hoy me hallo, al estar en su tiempo muy mermada la esperanza de vida. Perdona que, desde el mirador de mi cuarta generación, te sitúe en la tercera. Por ello entiendo que todavía tengas ánimos para seguir proyectando, mientras que uno está ya en disposición de «contemplar», de ya apenas vivir momentos de felicidad, pero sí sentirse en un cierto grado de satisfacción, no exento de carencias que ya no podrán verse colmadas. De todas formas, y conforme al orden de tus preguntas, opinaré al final sobre cómo veo ese futuro, que ya no compartiré.

Sin embargo, me voy a permitir, una vez más, cambiar el orden de tu cuestionario. Primero hablaré del derecho y de la justicia, y luego abordaré el tema de la historia de la filosofía del derecho, a la que he dedicado, como apuntas, unos cuantos trabajos, cuestión que dejé en el aire en una respuesta anterior. Te podría describir, pero no definir, qué es el derecho. Ya el jurista romano era precavido respecto de las definiciones en el ámbito jurídico: eran peligrosas. Desde que empecé a introducirme en este mundo académico coincidiendo con una «rehabilitación de la filosofía práctica», tengo el convencimiento de que el derecho es ante todo una «praxis» social, que hay que describir y practicar con el mayor rigor. Acertadamente sueles aproximar, en cuanto «práctica», el derecho a la medicina. Añadiría yo que no estamos ante una analogía, y menos ante una metáfora, ya que hay paralelismos entre uno y otro saber, tanto de concepto, como de método. Releo, desde que apareció en 1981, una monografía histórica, de unas quinientas páginas, pero no solo erudita, aparecida en los cuadernos monográficos de «Ius commune»: (Maximilian Herberger, *Dogmatik. Zur Geschichte von Begriff und Methode in Medizin und Jurisprudenz)*. Es más bien el pasado el que aquí cuenta. Pero, aunque sea adelantar acontecimientos, me viene a la memoria, ya reciente, que el jurista norteamericano Jerome Frank, hace casi un siglo, detectaba en el juez la presencia de un *hunch,* parangonable al «ojo clínico», esa capacidad para, de un golpe, dar con un diagnóstico acertado, nutrido de saber y de experiencia. Algo más consistente que un incontrolable «sentimiento jurídico».

Un colega nuestro, el profesor Pérez-Luño, suele traer a colación, cuando se encuentra en la disyuntiva de definir el derecho, una «observación» de Nietzsche según la cual solo es definible lo que no tiene historia. Y, añadiría yo: ya que el derecho como praxis tiene, por seguir con el símil, un «historial clínico», comprendo que nuestro colega se decida por hacer de una descripción «tridimensional del derecho» –norma, hecho, valor–, una transformación en «tetradimensionalismo», si se tiene en cuenta la cuarta dimensión de esa realidad: el tiempo. Todos los que fuimos educados jurídicamente en el eclecticismo –el manual más que voluminoso del civilista Castán Tobeñas, como referencia destacada– hemos seguido sin violencia el tridimensionalismo. Se tenían a mano, además, perfiladas formulaciones del mismo (Recaséns, Legaz, Reale…). Solo tiempo después me he percatado de que, al pensar así, éramos herederos de dos corrientes dominantes desde la segunda mitad del XIX. El positivismo jurídico hacía pivotar el

derecho en la norma, elemento fundamental del «estado de derecho», y Kelsen depuraba ambos conceptos. Coetáneamente, de la mano de Kant, recuperábamos el tema de la justica –los «valores»– en clave relativista, ya no iusnaturalista estricta (Stammler, Radbruch). De otra parte, el positivismo científico, presente en el derecho a partir de Jhering, fructificaba en el sociologismo jurídico o la jurisprudencia «libre», en la consideración del derecho como hecho (Geny, Weber, Ehrlich). De las tres versiones de positivismo se hacía una amalgama, y los problemas quedaban resueltos. Las debilidades de la síntesis han ido consolidándose con el tiempo. Del Kelsen de la «teoría pura», no «fáctica», de la norma, pasamos en la *Allgemeine Theorie der Normen* (1979) a la lapidaria sentencia: «…*kein Imperativ ohne Imperator*». Del término «valor», al parecer usado en el XIX por la teología moral luterana (mi profesor Voegelin *dixit*), basta observar la inconsecuencia de su uso: se piensa que los valores son objetivos, cuando el mismo término, en el mundo bursátil, alude a la variabilidad. La dedicación al tema del «derecho como hecho», como ya dije antes, ha sido escasa entre nosotros y no opinaré sobre él.

Para seguir atendiendo a tus preguntas voy a dar por sentado que en nuestra cultura jurídica todo gira en torno a la norma y su interpretación. Ya hablamos antes de ello, comentando algunas opiniones de mi maestro Engisch. Pero no quiero quedarme ahí, es decir, en explicaciones plausibles sobre el «silogismo jurídico», garantía, tal como lo describió en su opúsculo (1764) Beccaria, tanto de la seguridad jurídica, como de la racionalidad de la decisión judicial. El silogismo jurídico, que supone tanto el conocimiento «claro y distinto» de la norma, como la fijación objetiva de los hechos, parece una simplificación, que soslaya la complejidad. Más que aristotélico, me parece un planteamiento cartesiano. Descartes señeramente está, con su planteamiento metodológico, en el origen de la separación entre teoría y praxis. De ahí, que en cuestiones prácticas, abogara por *«une morale par provision»*. Es decir, deja detrás una tradición que creía posible una racionalidad de la praxis, o sea, de la toma de decisiones, diversa de la razón teórica. En consecuencia se produjo desde el triunfo del cartesianismo el desinterés por y el olvido de la «filosofía práctica», tal como detectó G. Vico a principios del XVIII, al dar cuenta de su desaparición en la *Ratio studiorum* de los establecimientos de enseñanza del momento.

Si damos por buenos los tres tipos de juez diseñados por F. Ost, ni el juez «oráculo» de los dioses, ni el juez «ingeniero social» del realismo americano, y bautizado con ironía por Dworkin como «Hércules», parecen desconocer cómo procede el juez «Hermes». Este, cuando juzga, no parte de cero: sabe que no hay juicio sin prejuicios, que no hay crítica sin criterios. Y que ha de dar con y ser consciente de tales prejuicios y criterios. Tal es la propuesta de la hermenéutica, al menos en la versión de Hans G. Gadamer, tal como la recibí a través de Artur Kaufmann y del estudio de las propuestas de Josef Esser. Y por ello se me ha incluido en nómina (J.M. Gómez-Heras/ M. Martín Gómez (eds.) *Comprender e interpretar. La recepción de la filosofía hermenéutica en la España democrática (1960-2010)*, Salamanca, 2015, cap. sobre la hermenéutica jurídica).

La comprensión de un problema está orientada por una comprensión previa, por una tradición anterior de formas de presentarse los conflictos sociales y de soluciones

dadas a ellos. Quien juzga no se encuentra al ejercer su actividad en un kilómetro 0: está inserto en una comunidad en continua formación y transformación. Se establece, pues, una interrelación entre tradición e intérprete. La tradición actúa en el tiempo presente, es el horizonte interpretativo, y también dota de sentido la situación de quien interpreta («círculo hermenéutico», «fusión de horizontes»). El vehículo de este proceso es el lenguaje, mediación necesaria para acceder al mundo y a la realidad. Todo ello no es diáfano, unívoco, como no lo es el mismo lenguaje. Concretar la efectividad o inefectividad actual de la tradición, interpretar los «precedentes» como elementos para justificar una praxis, son tareas que se llevan a cabo en una compleja comunidad deliberativa, cuyos miembros argumentan y aceptan o rechazan argumentos. Pero llegados a este punto, yo me callo, pues tú, desde diversos puntos de partida, has abordado elocuentemente el tema. Perdona, sin embargo, que haya ido tan lejos para plantearlo. Pero creía que había que ir a las raíces. Siempre que he hablado o escrito sobre estas cuestiones, he temido que estuviera presente en el «auditorio» el «terrible simplificador». Hablar de «prejuicios», para pronunciar «juicios», puede dar pie a que se piense que quien decide no procede tal como yo he descrito: el juez tiene una idea espontánea de cómo debe decidir y luego motiva la decisión con argumentos «ad hoc». Si tal fuera el caso, se estaría dando la razón al aforismo puesto en boca de uno de sus personajes por Luigi Pirandello: «La vida es un saco, que hay que llenar de razones para que se tenga en pie». Ese nihilismo pierde su justificación si se distingue entre buenas y malas razones.

En ese horizonte interpretativo el lugar preferente lo ocupa la justicia, tema por el que me has preguntado. Como mi respuesta se va alargando, procuraré sintetizar. Qué duda cabe que en este punto nuestras generaciones han tenido que estudiar la obra, una y otra vez revisada, de John Rawls, editada y comentada con rigor por nuestro compañero M. A. Rodilla. Además hemos estado informados de las polémicas de Rawls con otros autores: el ultraliberal Nozick, el comunitarista Sandel, el formulador de la «ética del discurso», Habermas… Aunque se le ha ubicado en distintas tradiciones de la construcción del «contrato social», veo en el Rawls inicial un kantiano, en el sentido de que para él cabe racionalizar la convivencia humana democrática, si esta se construye a partir de ciertos principios axiomáticos. Si se desea precisar qué tipo de individuo es el contemplado en su concepción, diría que se trata de un hombre razonable y egoísta, no de un ente metafísico. Pero su horizonte se fue ampliando. En principio, *Teoría de la justicia* (1971, revisada en 1999) pudiera considerarse una obra fundamental de filosofía moral, pero derivó en una filosofía política del ámbito doméstico (*Liberalismo político*, 1993) y del ámbito internacional (*El derecho de las naciones,* 1999). Así de la construcción mental inicial se fue pasando a una visión más acorde con las sociedades plurales, constituidas por individuos concretos, con diversas mentalidades y tradiciones culturales, que deberían convivir razonablemente.

Con esa deriva, descrita en esquema, se me hizo más interesante la obra de Rawls. El kantismo inicial le alejaba de la «filosofía práctica» en que yo me encontraba más a gusto. Kant, con su pretensión de que la autonomía humana, por racional, lograría la ausencia de azar en nuestras vidas, y negando la posibilidad de que algo «pueda ser

cierto en teoría, pero no en la práctica», obligaba a mejorar una deficiente teoría; ese kantismo –decía–, enraizaba en Descartes, con la consecuencia de cerrar la puerta a la «filosofía práctica». Pero volvamos a Rawls. Su evolución se proseguiría en el libro ya no revisado por él: *La justicia como equidad. Una reformulación* (2001). La «justicia como imparcialidad»– quizá sea más apropiada esa traducción–, se centra ahora en las desigualdades en las perspectivas de vida de los ciudadanos, afectadas por tres tipos de contingencias: 1) la clase social en que han nacido y se desarrollan antes de su uso de razón; 2) sus cualidades naturales, no las aprendidas, y la manera en que su clase social de origen influye en la oportunidades de desarrollo de esas cualidades; 3) la buena o mala suerte que encuentran en su vida: enfermedades, accidentes, desempleo involuntario o crisis económica local. Y remata esas observaciones afirmando que incluso en una sociedad bien ordenada, las perspectivas de vida de cada uno se encuentran afectadas por esas contingencias sociales, naturales y fortuitas. Una sociedad ordenada debe tener en cuenta esas contingencias al formular determinados programas sociales. Observaría que consideraciones tales le hubieran ahorrado a Rawls las críticas que, por ejemplo, M. Nussbaum, formuló al echar en falta en su «teoría» las diferencias de género o de raza. La democracia deliberativa y la argumentación como método tienen así abierto el camino.

En cuanto a mis trabajos de historia del pensamiento, ya mencionamos su arranque con la dedicación durante bastante tiempo –quizá demasiado– al krausismo español. Luego ya, «a hombros de gigantes», me he recreado en lecturas e interpretaciones de autores de relieve: Aristóteles, Tomás de Aquino, Pascal, Hegel. Más movido por las circunstancias –encargos incluidos–, sobre todo en el caso de autores o panoramas aragoneses, he redactado otros esbozos de personajes ubicados en los siglos XVIII al XX, franja de tiempo de la que tengo segura información.

Y, como me lo pides, remato esta excesiva respuesta con una sugerencia sobre tu ecumenismo «latino». Debería evitarse en ese tema plantear algo así como «una epistemología del Sur», que cortara el paso al «epistemecidio» del «Norte». Valga el parangón: si la medicina actual tiene muchos puntos débiles, no la sustituyamos por ello con una homeopatía.

**M.A.:** *Estoy muy de acuerdo con tu último comentario (lo que no quiere decir que no lo esté también con los anteriores). Yo creo que una filosofía del Derecho con sentido para el mundo latino debería tener su base en el pragmatismo filosófico (en un pragmatismo bien entendido, el de los autores clásicos –incluyendo aquí al juez Holmes–, más bien que en el de los neo-pragmatistas como Posner o como Rorty) y evitar (más aún: combatir) tendencias irracionalistas vinculadas al posmodernismo y a modas por el estilo que, efectivamente, podrían muy bien condensarse en esa referencia que tú haces a la «epistemología del Sur». En cierto modo, yo diría que de lo que se trata es de no caer en el puro «seguidismo» de los autores «anglos» (no convertirnos en meros divulgadores o exégetas de sus ideas), pero sí de «seguir» el modelo pragmatista que, en mi opinión, caracteriza a esa filosofía del Derecho: estoy pensando, sobre todo, en la línea que comienza con Holmes y Pound, sigue con los*

*realistas y pasa por Fuller para terminar, por el momento, en Dworkin. A mí me parece que, a diferencia de lo que ocurre entre nosotros, todos esos autores tuvieron una clara idea de que la teorización del Derecho (aunque la vieran de maneras distintas) tenía que servir para mejorar la práctica jurídica y, por tanto, la sociedad (y, de nuevo, tampoco en esto –en el modelo de sociedad– existía una coincidencia entre todos ellos) en cuyo contexto se construían esas teorizaciones.*

*Y esto me lleva a plantearte la última pregunta de esta entrevista que (ahora que he vuelto a releer todo lo anterior) veo se ha convertido en una serie de breves ensayos iusfilosóficos que adoptan la forma de respuestas a grupos de cuestiones que, me parece, también los lectores de DOXA considerarán de interés. Pues bien, yo creo que el origen de esa concepción pragmatista del Derecho está en Ihering, y por eso me interesa ahora interrogarte sobre el tema que tratas en tu último trabajo, el artículo que aparece en este mismo número de DOXA, con el título de «Jhering en Ortega y Gasset».*

*Yo no soy en absoluto un experto en Ortega, pero cada vez (cada vez que leo algo suyo) siento una mayor admiración por este extraordinario pensador que, en mi opinión, está entre los grandes del siglo XX (aunque sea español). Hace tiempo que tengo la impresión de que su filosofía es, en muchos aspectos, afín a la del pragmatismo americano, y esto es lo primero que quisiera preguntarte: si te parece que es así. Además, hay otra serie de interrogantes que me han surgido al leer tu artículo sobre Ihering y Ortega. Ahí muestras que la obra de Ihering tuvo cierta influencia en España en las últimas décadas del XIX y llega hasta los primeros años del XX. «En los años siguientes [a 1906] –escribes– la memoria de Jhering languidece, hasta que reviva, sobre todo en el interés de Ortega y Gasset, tras su retirada política [a partir de 1933] ». ¿A qué crees que se debe ese hecho que, en principio, parecería bien extraño: que «quien en España reactualiza a Jhering no es un jurista, sino un filósofo y escritor»? Sin duda, tiene que ver con algo que decías en tu anterior respuesta: que la consideración sociológica del Derecho, el «Derecho como hecho», es un tema al que se ha dedicado poca atención entre nosotros. Y lo que querría pedirte ahora es que nos des tu opinión sobre eso: ¿por qué ni en España ni, en general, en el mundo latino ha tenido mucho desarrollo una visión sociológica del Derecho y, en su lugar, lo que ha prevalecido ha sido más bien una concepción normativista y (aunque el término sea tan poco claro) formalista del Derecho? ¿Por qué la cultura jurídica del mundo latino ha estado –y sigue estando– más en la senda de Kelsen que en la de Ihering? Y, sean los que fueren esos factores explicativos, ¿ayudan igualmente a entender la afirmación con la que concluyes tu artículo: «Ortega… no inauguró una sociología, ni inició una 'nueva' filosofía del derecho»?*

*Lo que a Ortega le interesó de Ihering, sobre todo –como pones bien de relieve en tu trabajo– es la teoría de este último sobre los usos sociales. Y a propósito de esto, me gustaría conocer tu opinión sobre estas dos cuestiones que van a ser las últimas de esta entrevista. La primera se refiere a si consideras que Ihering habría sido un precursor también del institucionalismo jurídico. Se me ocurre esto porque, leyendo a MacCormick (creo que el autor más significativo del institucionalismo jurídico en nuestros días), el análisis que hace del fenómeno de las colas (como ejemplo básico de institución) me ha recordado mucho al orteguiano interés por el saludo como uso social; de manera que parece darse aquí una*

*clara afinidad entre la noción de hecho institucional y la de uso social. ¿Crees que es así? Y la segunda cuestión tiene que ver con algo que señalas en tu artículo y que me ha llamado mucho la atención. Dices ahí que, por lo que se refiere a la obra de Ihering* El fin en el Derecho*, a Ortega no le habría interesado el proyecto de aquel de «poner en pie una teoría finalista del derecho, que Ortega pasa por alto, quizás por su tono utilitarista». Y más adelante mencionas que la razón histórica orteguiana «es capaz de abordar asimismo el problema de lo justo, sin acudir, como hizo Jhering, al utilitarismo social». ¿Podrías desarrollar algo más esta última idea?*

**J.J.G.C.:** Veo que estás interesado en que te haga saber mi opinión sobre un tema del que te vienes ocupando desde hace algún tiempo: tu propuesta de una «teoría pragmática del derecho». La recuerdo plasmada, no sé si por vez primera, en la entrega inaugural de la nueva revista de filosofía del derecho que lanzó hace unos siete u ocho años la editorial boloñesa «il Mulino». Mi trabajo sobre Jhering en Ortega, que me anuncias se publicará conjuntamente con esta entrevista que mantenemos, ha debido rozar ese punto sensible de tu preocupación intelectual por el pragmatismo. Creo conveniente que, para proceder con un cierto orden, te indique algunas opiniones sobre el tema, primero en relación con el jurista alemán y en segundo lugar con Ortega.

Cuando en 1972 Mario G. Losano publicó la primera versión italiana –tardía, por tanto– solo del volumen I de *Fin* (*Lo scopo nel diritto*), la precedió de una introducción magnífica, como salida de la pluma de un conocedor tan señalado de la obra y de la biografía de Jhering, en la que, además de centrar la obra en la época en que se redactó, situarla dentro de la bibliografía de su autor, y hacer un análisis de la misma, tarea por lo demás tan complicada que tuvo que apoyarla en un «índice analítico» del libro, quiso cerrarla con un esbozo de la «difusión» del jurista, en el que se aludía en las páginas finales al influjo detectado en las «escuelas realistas», tanto escandinava como norteamericana. Bastante tiempo después, en 2014, ha aparecido una segunda edición de ese volumen I traducido, en la que, si bien se ha mantenido el «índice analítico», se ha sustituido el «estudio preliminar» de la primera por una breve presentación, que apenas entra en detalles. No quiere decirse con ello que con el paso del tiempo pudiera pensarse que tal influjo en los «realismos» hubiera sido objeto de una revisión no explícita del tema. Más bien presumo que un criterio editorial aconsejara reducir la edición a ciertos límites. Como quiera que sobre el realismo americano solo aludes a Holmes y a Roscoe Pound, me vienen a la memoria unos cuantos cabos sueltos que me permitirán exponer una línea de pensamiento que enlaza el utilitarismo de Bentham, modificado por Stuart Mill, y discutido pero realmente aceptado por Jhering, con el llamado «pragmatismo» americano.

Del «cielo de los conceptos jurídicos» el jurista descendió a la tierra de los actos de «voluntad», movidos por un «interés», y tendentes quizá no conscientemente hacia un «fin», al cual lleva la «evolución de la sociedad». El lema puesto al frente de la página de respeto del volumen I de *Fin* reza así: *Volo, «nicht» cogito, ergo sum*. Para empezar a ser pragmático, hay que olvidarse de Descartes. Para abandonar «espíritus», ya sean del

«pueblo» o del «derecho romano», o del mismo Hegel, y poner un fundamento material a una distinta concepción de la vida y del derecho, se va de la mano de una lectura «descubierta»: «*El mundo como voluntad y representación*», de Arthur Schopenhauer, de quien hace suya la afirmación encontrada en otra obra del mismo autor: «Un querer sin interés es un querer sin motivo, es decir, un efecto sin causa». Llegados a este punto, dos autores anglosajones le guían en la concreción de qué ha de entenderse por «interés». Bentham es comentado, aceptado y rebatido en unas decenas de páginas del volumen II de *Fin.* Jhering ya había acudido al inglés cuando en el último volumen de *Espíritu*, el III, llegaba a esta definición de derecho: «la seguridad jurídica del goce». Del goce en el disfrute de un derecho, y de un goce además duradero ya que cuenta con el «aseguramiento» del derecho, puede hablar quien acepta los principios del utilitarismo. Esa aceptación también es tardía y hecha como afinidad electiva en un momento posterior de su evolución de pensamiento, ya que en los años juveniles en Berlin, donde transcurren, digamos, sus primeros pasos hacia el profesorado, a pesar de coincidir en las aulas con el traductor alemán de Bentham, Friedrich E. Beneke, no parece, a juzgar por algún biógrafo fiable, que Jhering mostrara interés por el utilitarismo. Luego, al abordar el tema del interés, va a aceptar los planteamientos de Bentham sobre el interés individual, pero a la altura de un avanzado siglo XIX el *laisser faire* es ya inadmisible y, asumiendo la rectificación que John Stuart Mill hace de Bentham, apostará por la primacía de lo social sobre lo individual, de la socialdemocracia sobre el liberalismo, no por ideología, sino por lógica: el todo incluye a la parte, mientras que la parte excluye al todo. «La teoría social deja espacio al individuo, pero la individualista no lo deja a la sociedad». Jhering, sin embargo, no llegará tan lejos como Mill, en la dialéctica que este establece entre libertad y autoridad. Si este ve legítima una restricción por ley de la libertad individual cuando esta se ejerza en detrimento de terceros, Jhering tiene sus dudas sobre el alcance de la coerción sobre la libertad. «¿Puede la legislación establecer el máximo de la jornada de trabajo?», se cuestiona dubitativamente Jhering ante la respuesta afirmativa de Mill: «Constituye una imagen rara de la libertad la que se forma Mill con ese y similares ejemplos».

Y aquí llama a la puerta el «pragmatismo» americano, por medio de la actividad del juez Oliver W. Holmes. Uno de sus «votos particulares» más comentados es el emitido en el caso: *Lochner v. New York* (1905). Los antecedentes son los siguientes: el Estado de N. Y. había dictado una ley por la que se limitaba a 10 horas la jornada de las panaderías. La Corte Suprema declaró inconstitucional tal ley. Su argumento fundamental: la facultad general de contratar (*freedom of contract*) de acuerdo con los propios intereses económicos es una parte de la libertad individual protegida por la enmienda 14. No ha de admitirse que los panaderos, en cuanto grupo social, no tengan igual inteligencia o capacidad que otros hombres dedicados a otras manufacturas…, o que no sean capaces de mantener sus derechos y de ejercerlos sin el brazo protector del Estado. En la *dissent opinion* de Holmes, son otros los argumentos:

a) En primer lugar, invocando con carácter general un principio constitucional no se resuelve la cuestión: «Proposiciones generales no deciden casos concretos». Se necesita algo más de sutilidad en la aplicación de un principio.

b) En segundo lugar, tal principio de «libertad contractual» puede tener hoy un «contenido» distinto al que pudiera tener en otro momento. «Se ha decidido el caso conforme a una teoría económica que no sostiene hoy buena parte del país…No ha de entenderse que la constitución favorece una particular teoría económica. Está hecha para un pueblo que mantiene distintos puntos de vista».

c) En tercer lugar, la ley de Nueva York no infringe «principios fundamentales» (*fundamental principles*), «Pienso que se pervierte la palabra "libertad" de la enmienda 14 cuando se mantiene en un sentido que sale al paso de una creciente corriente de opinión, a menos que se diga que un hombre racional e imparcial admitiría que la ley propuesta infringe principios fundamentales».

La postura de Holmes, en cuanto juez, no es la que dimana de un hombre de opiniones «liberales», que impone su criterio personal. Nada más lejos de su concepción de la actividad judicial. Dado su concepto pragmático de valor, no puede haber afirmación objetiva sobre el interés prevalente. Para él, el juez ha de mantener un *judicial restraint*, una autolimitación en su juicio, una neutralidad, y mantenerse en el papel de simple observador de los cambios de opinión que se produzcan en la sociedad, en este caso respecto del principio constitucional que no consagra ya un *laissez faire*, sino que demanda la limitación del Estado a la «libertad contractual». Como sabemos, esta es la manera de entender Holmes el derecho, como regla adaptada a la realidad social. El juez adopta así una postura de neutralidad.

Me ha parecido oportuno, releyendo mis viejos apuntes de clase, resumir los argumentos de Holmes. Son el paradigma de la proyección del pragmatismo en la toma de decisiones judiciales. Él había estudiado en la Facultad de Harvard, todavía aferrada a un conservador *common law*. Pero ya en 1870 frecuentaba un club de debate llamado irónicamente: «Los metafísicos», frecuentado entre otros por los pragmatistas John Dewey y William James. Para esa fecha se estaba modificando el estado de opinión pública hasta entonces reinante. Baste lo apuntado para señalar el contexto.

Pero pasemos ya al pragmatismo en Ortega. Poco más de medio siglo después, en España se había traducido buena parte de los escritos pedagógicos de Dewey por uno de los «nietos de Giner», Domingo Barnés, unos años después efímero ministro de instrucción pública en la II República. Ortega no los menciona. Tampoco es objeto de cita John Dewey. Sí, en cambio, conoce escritos de John S. Peirce, y su cita le sirve para reprobar ese estilo de pensamiento, y recobrar así la filosofía: «El pragmatismo es, en efecto, el practicismo suplantando toda teoría»; no es «pues puro afán de conocer y, por lo mismo, aceptación de un problema ilimitado» *(¿Qué es filosofía?*, 1930). Y en un artículo publicado ese mismo año en la prensa argentina, establecerá una relación, diría yo «metafísica», entre USA y el pragmatismo: «Con el cinismo propio de los yanquis, propio de todo pueblo nuevo –un pueblo nuevo, a poco bien que le vaya, es un *enfant terrible*– el pragmatismo norteamericano se ha atrevido a proclamar esta tesis: No hay

más verdad que el buen éxito en el trato con las cosas. Y con esta tesis tan audaz como ingenua, tan ingenuamente audaz, ha hecho su ingreso en la historia milenaria de la filosofía el lóbulo norte del continente americano» [Y aquí aprovecho para pedirte una disculpa: dado el nivel de esta observación orteguiana, creo que no puedo responder a tu interrogante sobre por qué en España, dentro del «mundo latino», no ha calado el pragmatismo. Soy muy reacio a dar credulidad a los «caracteres nacionales». Y eso (¡qué paradoja!) le pasaba igualmente a Ortega cuando Pío Baroja se atrevía a afirmar, referido a España, un «no simpático» «pragmatismo nacional» (1912)].

Pero irrita más a Ortega que una anónima recensión argentina considere «pragmatismo» la actitud de fondo de *El tema de nuestro tiempo*. «No, yo no he pensado nunca que la verdad sea un simple proceso de adaptación a fines prácticos. Yo he pensado siempre todo lo contrario. Toda la intención de mi libro puede resumirse en el ensayo de armonizar el carácter transcendente, ultrabiológico de la verdad con el carácter inmanente, biológico del pensamiento. La superación de la antítesis racionalismo-relativismo implica que tomemos los dos términos antagónicos en toda su pureza» (*La Nación*, 27.04.1924; OC II, 668-672). Pero a más de uno no le parecerá concluyente esa contraposición. Es más, en los últimos lustros, en los que florecen tesis doctorales –pocas publicadas– sobre Ortega, se establece reiteradamente el paralelismo entre «perspectivismo» y «pragmatismo». Ya en USA se editó en 1994 la monografía *A Pragmatist Philosophy of Life in Ortega y Gasset,* University of Missouri Press), en la que el autor John T. Graham establece un paralelismo entre Ortega y William James, e incluso aventura que el racio-vitalismo del español ha sido inspirado por el americano. Un par de años después se establece, esta vez en un artículo de revista, una relación entre Peirce y Ortega, y otro doctorando/a sienta imaginativamente en una misma mesa de discusión a Peirce, Dewey y James, con un Ortega a la defensiva. Me parece exagerado ese modo de proceder.

Creo que no me resta más que atender a tu última perplejidad: cómo entendían el problema de lo justo Jhering y Ortega. Ortega, a mi modo de ver, digamos que pretendía, a la altura de su tiempo, proceder como un filósofo «sólido», fuera Husserl, Scheler o Heidegger. Jhering, como contraste, era un jurista que, cuando sale de su terreno, se comporta como un filósofo «líquido», que al acudir a autores de su preferencia, como Schopenhauer, Bentham, Mill, Spencer o Darwin procede a una síntesis elaborada en función de su propósito, explícito ya en el prefacio de la primera edición de *Fin*: «Por mi parte no me aventuro a ningún juicio sobre la exactitud de la teoría darwiniana, aunque justamente los resultados a que he llegado en relación con el desarrollo histórico del derecho, la confirman en plena medida en la esfera de mi dominio». Por eso Ortega distingue entre el hecho social básico –los usos– y los valores, en cuya existencia cree y cuyo conocimiento acepta a través de la estimativa. Por el contrario, creo concluyente, dado su punto de partida, el solemne colofón puesto por Jhering a su obra: «El puesto que el derecho ocupa en el mundo presente no lo debe a la convicción ética de su majestad, sino que es el último resultado de un largo proceso de evolución, no su origen. El origen es el puro egoísmo, que solo en el curso del tiempo ha dejado sitio

a la idea ética y el sentimiento moral». Por ello puede concluir: «No es el sentimiento jurídico el que ha creado el derecho, sino el derecho el que ha creado el sentimiento jurídico –el derecho solo conoce una fuente, es decir, la finalidad práctica». Lo que no impide que encontremos su obra plagada de contradicciones.

Por mi parte, y para concluir, no me queda más que agradecer el interés mostrado por ti en esta conversación, así como por mis respuestas como por mis trabajos anteriores, que te has molestado en repasar y aquilatar, para proponer cuestiones de interés tanto para ti como para mí. Al menos en mi caso me has hecho repensar afirmaciones que hiciera en otro tiempo y en otra sede. Me has permitido ordenar mis afirmaciones, una vez que proponías dudas oportunas. Espero asimismo que la conversación haya suscitado coincidencias y discrepancias en los lectores que podamos encontrar. Muchas gracias y hasta pronto.



Doxa. Cuadernos de Filosofía del Derecho, (2020), *43*, pp. 459-491

# REGLAS PARA LA PUBLICACIÓN DE TRABAJOS EN *DOXA*

1. CORRESPONDENCIA

   Los originales se remitirán por correo electrónico a la dirección de la revista: *doxa@ua.es*.

2. TIPOS DE TRABAJOS

   La revista aceptará propuestas de dos tipos de contribuciones: «artículos» y «notas»; ambos habrán de ser trabajos de investigación inéditos. La revista se reserva el derecho a decidir cómo clasificar los trabajos recibidos.

3. FORMATO

   Los trabajos deberán estar redactados en español (en caso de ser traducciones, el nombre del traductor constará en la nota inicial del trabajo).
   La primera página incluirá el título (en español y en inglés), nombre completo del autor, puesto docente o investiga- dor, centro de trabajo y datos de contacto, incluyendo una dirección de correo electrónico, el código ORCID, en su caso, y si el trabajo ha contado con financiación.
   Además, para facilitar la revisión anónima, debe incluirse una copia del trabajo sin ninguna referencia al autor.

4. *ABSTRACTS* Y PALABRAS CLAVE

   Los trabajos deberán ir precedidos por dos *abstracts*, uno en español y otro en inglés, de una extensión no superior a diez líneas, así como de una propuesta de palabras clave en ambos idiomas, separados por punto y coma.

5. EXTENSIÓN DE LOS TRABAJOS

   Para la sección de artículos, la extensión recomendada es de 25 a 30 páginas a espacio y medio, con tipografía Times New Roman de cuerpo 12. En ningún caso se aceptarán originales que superen el límite de 15.000 palabras. Para la sección de notas, la extensión recomendada es de 15 a 20 páginas y en ningún caso se aceptarán originales que superen el límite máximo de 10.000 palabras.

6. PROCESO DE EVALUACIÓN PARA LA ACEPTACIÓN DE TRABAJOS

   La redacción de la revista dará acuse de recibo de los trabajos que le lleguen y pasará a informe confidencial por al menos dos evaluadores anónimos a aquellos que reúnan el mínimo de calidad pertinente. A la luz de los informes los editores tomarán alguna de las siguientes decisiones, que se comunicarán a los interesados:

   *a)* Aceptación del trabajo.
   *b)* Aceptación condicionada a las modificaciones requeridas.
   *c)* No aceptación del trabajo.

7. 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.
   Se podrá requerir a los autores la corrección de las pruebas de imprenta de sus trabajos, que habrá de ser realizada y enviada en un plazo máximo de setenta y dos horas.

8. EJEMPLARES

   Una vez que el número haya sido publicado, se enviará a cada autor un ejemplar del mismo y la correspondiente separata electrónica.

9. NORMAS DE EDICIÓN

   **Notas a pie de página.** Las notas se numerarán en caracteres arábigos, en formato superíndice y orden creciente, siempre antes del signo de puntuación que correspondiese.

   **Citas.** Las citas irán en redonda y no cursiva, y entre comillas angulares. Las comillas dentro de comillas pasarán a ser voladitas. Cuando la cita exceda de tres líneas, se separará del cuerpo principal del texto, irá sangrada y a cuerpo menor. Cualquier cambio introducido en la cita original deberá indicarse encerrándolo entre corchetes.

   **Bibliografía.** Las citas bibliográficas seguirán el sistema APA. Los apellidos del autor, año de edición del original, páginas.

   — Si el autor publicó varias obras el mismo año, se pondrán letras al lado de la fecha, comenzando por a, b, c... (Pérez, 2007a, pp. 10-15).

   — Si hay varios autores citados con el mismo apellido, añadir la inicial del nombre de pila (Pérez, S., 2007a, pp. 10-15).

   En bibliografía, seguir el sistema APA. Apellidos, inicial del nombre, año entre paréntesis, punto y capítulo de libro o artículo de revista entre comillas angulares, título de la obra o de la revista en cursivas (si se trata de una revista, luego el número), el tomo o volumen entre paréntesis, las páginas y, en su caso, el DOI.

   Pérez, S., (2007). «Una teoría», Doxa. Cuadernos de filosofía del Derecho, *30*, 3-25. doi: 10.14198/DOXA2007.43.07

# COMPROMISO ÉTICO PARA LA PUBLICACIÓN DE ARTÍCULOS

*Doxa. Cuadernos de Filosofía del Derecho* se adhiere a las directrices del EASE (*European Association of Science Editors*) y del COPE (*Committee on Publication Ethics*), que pautan unas buenas prácticas para la gestión, edición, revisión y publicación de resultados científicos en revistas de diferentes áreas de conocimiento. Brevemente, de acuerdo con lo allí establecido:

Los autores se comprometen a remitir trabajos inéditos, que no hayan sido publicados anteriormente y que no se encuentren sometidos a evaluación por otras revistas mientras no se complete el proceso de evaluación por parte de esta revista. El envío de trabajos para su evaluación requiere omitir en la copia ciega cualquier dato que pueda ser identificado por los revisores respecto a su autoría y de igual modo implica aceptar las normas de publicación, revisión y evaluación de la revista que se detallan a tal fin en cada número de la misma.

Los revisores de los trabajos asumen el compromiso de realizar una revisión crítica, honesta y constructiva sobre la calidad científica del texto dentro el ámbito de sus conocimientos y habilidades. Por ello, solo revisarán un trabajo si se sienten competentes con la temática a revisar y si no existen conflictos de interés.

El Director, los Secretarios y los Editores se comprometen a respetar la imparcialidad y mantener la confidencialidad de los trabajos enviados, sus autores y revisores, de forma que el anonimato preserve la integridad de todo el proceso de evaluación. A tal fin garantizarán la selección de los revisores más cualificados y especialistas en la materia para emitir una apreciación crítica y experta del trabajo. Asimismo en la medida de lo posible, evitarán todo tipo de conflictos de intereses y cumplirán estrictamente con los tiempos de evaluación, edición y publicación que exige la periodicidad de la revista.