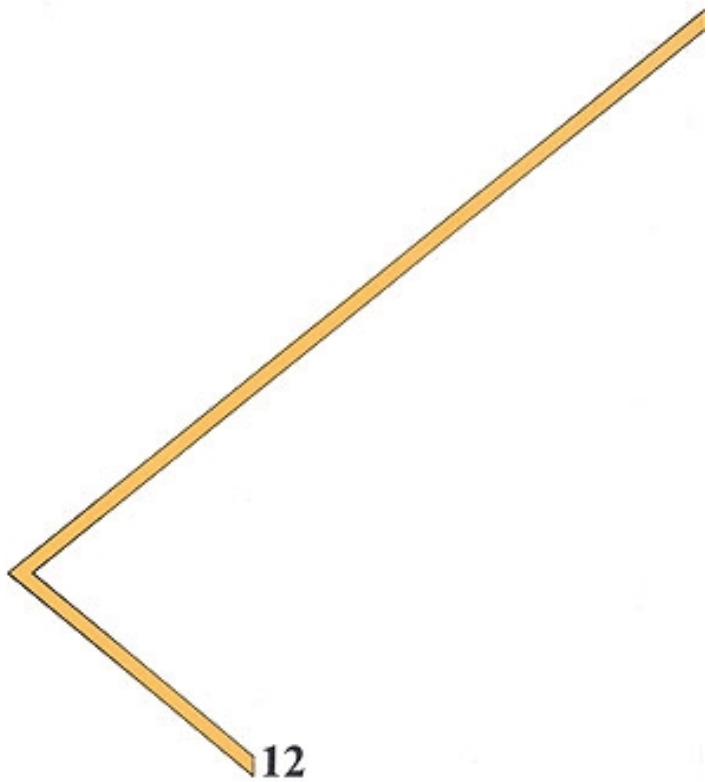
D O X A



CUADERNOS DE FILOSOFIA DEL DERECHO

Seminario de Filosofía
del Derecho de la
Universidad de
Alicante

Centro de Estudios Constitucionales

Alicante, 1992

Índice

- Presentación
- Renato Treves
  - Elías Díaz - Renato Treves (1907-1992)
- La Filosifía del Derecho en EE.UU.: problemas actuales
  - Juan A. Pérez Lledó - La enseñanza del Derecho en Estados Unidos
  - Alfonso Ruiz Miguel - Derechos humanos y comunitarios. Aproximación a un debate
  - Agostino Carrino - Solidaridad y Derecho. La sociología jurídica de los «Critical Legal Studies»
  - Albert Calsamiglia - El concepto de integridad en Dworkin
  - Jorge F. Malem Seña - Pornografía y feminismo radical
- Artículos
  - Hans Kelsen - Una fundamentación de la sociología del Derecho
  - Perfecto Andrés Ibáñez - Acerca de la motivación de los hechos en la sentencia penal
  - Ricardo A. Guibourg - Fines y medios: una aproximación a los derechos
  - Antonio-Enrique Pérez Luño - Los clásicos españoles del Derecho natural y la rehabilitación de la razón práctica
- Notas
  - Aleksander Peczenik - Los principios jurídicos según Manuel Atienza y Juan Ruiz Manero
  - Manuel Atienza y Juan Ruiz Manero - Objeciones de principio. Respuesta a Aleksander Peczenik y Luis Prieto Sánchís
  - María Inés Pazos - El principio de autonomía de la persona en el discurso moral: Análisis de un argumento pragmático
  - Carlos S. Nino - Réplica a María Inés Pazo
  - Realino Marra - Weber y la duplicación de la ciencia jurídica. Una réplica a Bergalli
- Entrevista
  - Eugenio Bulygin - Entrevisa a Georg Henrik von Wright

P R E S E N T A C I Ó N

La muerte reciente de Renato Treves, en la primavera de 1992, ha hecho que este número de DOXA tenga que estar inevitablemente dedicado a la memoria de quien ha sido uno de los intelectuales más respetados y más queridos por los filósofos del Derecho responsables de esta revista. En el número 8 de DOXA publicamos una entrevista con Treves en la que le planteamos diversas cuestiones concernientes a su biografía intelectual, a las relaciones entre la teoría y la sociología del Derecho, al relativismo en ética y al desarrollo de la sociología del Derecho en Italia. Antes, en el número con que se inició la revista (en el año ya lejano de 1984), él había contestado también a una encuesta que trataba de configurar una especie de «mapa» de problemas iusfilosóficos; en su contestación, Treves ponía el énfasis en la importancia que en su concepción de la filosofía del Derecho había tenido la obra de Kelsen (sin haber sido nunca, desde luego, un kelseniano ortodoxo), y en la necesidad de construir una sociología del Derecho de vocación no sólo empírica, sino también teórica, histórica y filosófica. Elías Díaz, en el trabajo que abre este número de DOXA (Renato Treves 1907-1992), *puede por ello decir, y con toda razón, que «los dos grandes pilares de su pensamiento han sido desde muy temprano, desde el principio, Kelsen para estrictamente la teoría del Derecho y Weber para la sociología del Derecho». El lector encontrará también en ese trabajo noticia de muchas otras influencias, temas e ideas valiosas que caracterizan la obra teórica de Treves. Y encontrará también una breve e insuperable descripción de lo que fue Renato Treves como persona: «un hombre bueno y con las ideas claras».*

El artículo de Juan Antonio Pérez Lledó, La enseñanza del Derecho en Estados Unidos, *abre la sección monográfica sobre algunos problemas actuales de la filosofía del Derecho en ese país. En su trabajo, el autor ofrece una sugestiva exposición de los aspectos institucionales (las Facultades de Derecho, los profesores*

y los estudiantes) y de los contenidos y métodos didácticos (el «case method», el «método socrático», los planes de estudio) de la enseñanza del Derecho en Estados Unidos. En relación con la situación de los estudios jurídicos en España, la conclusión a la que llega -que difícilmente dejará de ser válida con la entrada en vigor de los nuevos planes de estudio- es que la enseñanza del Derecho en América es «más metodológica y *menos* memorística; *más* sustantiva *e interdisciplinar y menos* formalista y *cerrada; más* crítica *(o participativa, o activa) y menos* dogmática *(o pasiva)».*

En Derechos humanos y comunitarismo. Aproximación a un debate, *Alfonso Ruiz Miguel enjuicia el ataque comunitarista a la concepción individualista y universalista de los derechos humanos. El autor trata de mostrar que en la tradición de las doctrinas de los derechos humanos existe «una profunda y ancha veta que, haciendo algunas concesiones comunitaristas, viene a limitar el alcance individualista y universalista que aquellas doctrinas parecían presuponer en principio». La posición comunitarista vendría, pues, a «hacer explícitos y a extremar ciertos presupuestos implícitos y más o menos soterrados de la tradición occidental relativos al orden en el interior y a la supremacía en el exterior, anunciando un mundo en el que, según ese punto de vista, no podríamos seguir haciéndonos ilusiones humanitarias y deberíamos elegir entre la buena pero falsa conciencia liberal y la identificación comunitaria que nos permitiría acomodar nuestros verdaderos intereses a nuestra verdadera conciencia (que seguiría siendo buena)».*

El movimiento «Critical Legal Studies» ya fue objeto de tratamiento en Doxa por parte de Owen Fiss (en sendos artículos en los números 10 y 11) y de Albert Calsamiglia y del propio Duncan Kennedy (en el mismo número 11). Sin embargo, mientras que entonces (con la obvia excepción de Kennedy, uno de los más caracterizados representantes de CLS) la actitud había sido decididamente negativa, ahora Agostino Carrino, en Solidaridad y Derecho. La sociología jurídica de los «Critical Legal Studies», *contempla el movimiento con mucha mayor simpatía. Reconoce, por ejemplo, en el mismo «la ausencia de una teoría precisa y de una filosofía determinada» pero eso, en su opinión, no sólo no constituye un punto débil, sino que dota de una considerable fuerza a un movimiento tan complejo como CLS. En su trabajo, Carrino examina las concepciones de diversos autores de CLS sobre el Derecho y el cambio social, sobre la «contradicción fundamental», sobre la solidaridad y el Derecho y sobre el liberalismo. En este último punto, mientras que los autores de CLS dirigen una crítica radical al sistema liberal, Carrino acepta «el*

horizonte del Estado liberal como el único lugar en el que se pueden producir las batallas por la emancipación humana»; sin embargo, un mérito aquí de los CLS parece ser el de no haber renunciado a «cuestionarse sobre la posibilidad de comunidades diferentes a las que están señaladas por el estigma de la modernidad, o mejor, del fracaso del proyecto moderno».

En su artículo El concepto de integridad en Dworkin, *Albert Calsamiglia parte de considerar que el extraordinario éxito del autor norteamericano se debe sobre todo a su método de análisis que permite no sólo describir el Derecho, sino también apuntar soluciones a los problemas jurídicos sustentadas en un conjunto de principios coherentes. A partir de ahí, Calsamiglia se ocupa de la crítica de Dworkin al modelo positivista de ciencia jurídica. Luego, pasa a considerar el análisis que este último efectúa de los desacuerdos entre los juristas, lo que lleva a la idea de que el Derecho no es un producto acabado, sino un* enfoque *(el Derecho como interpretación). Y finalmente aborda estas dos preguntas clave de una teoría jurídica: ¿cómo determina el pasado al presente?, ¿cómo se justifica la coacción del Estado?, que tienen como respuesta, en la obra de Dworkin, la propuesta de un modelo de sociedad democrática, caracterizada por los principios de equidad, justicia, legalidad e integridad (o coherencia). A propósito de este último punto, Calsamiglia se detiene a analizar el papel de los principios en el Derecho y del equilibrio entre los mismos.*

El feminismo -la teoría jurídica feminista- es, sin duda, una de las corrientes más características del pensamiento jurídico (y también moral y político) estadounidense contemporáneo. En Pornografía y feminismo radical, *Jorge Malem no se ocupa del conjunto de ese movimiento, sino de una de sus tendencias -el feminismo radical representado por Andrea Dworkin y Catharine MacKinnon- y en relación con un problema concreto: la propuesta que estas últimas han efectuado de una censura absoluta de la pornografía. En su trabajo, Malem parte de analizar el modelo de ordenanza antipornográfica defendido por esas autoras, sobre la base de que «la pornografía viola los derechos civiles de las mujeres al constituir una práctica esencial en el proceso de discriminación y de subordinación sexual que convierte a la mujer en una ciudadana de segunda clase». Luego muestra cuáles son, en su opinión, los presupuestos ideológicos, políticos y éticos que subyacen a la misma: el hombre es un ser violento; la pornografía constituye una explicitación de la supremacía masculina; en la sociedad dominada por el varón impera el sadismo cultural; el Estado democrático y su Derecho está diseñado para acallar y subordinar a la mujer; la pornografía no es sólo* mala in se, *sino*

que es la causa de la comisión de delitos sexuales violentos. En completa contradicción con ese tipo de feminismo, al que considera teóricamente equivocado, políticamente inadecuado y éticamente inaceptable, Malem defiende, en relación con la pornografía, una política basada en el liberalismo moral y en el principio de autonomía de la persona humana, según la cual la pornografía sólo podría prohibirse si la misma produce directa o indirectamente un daño.

La sección de artículos de tema libre se abre precisamente con un viejo trabajo de Hans Kelsen dirigido a criticar el intento de Eugen Ehrlich de fundamentar sobre bases científicas la sociología del Derecho. La concepción de Ehrlich, quien defiende, frente a lo que luego propondrá Max Weber, una ciencia integrada del Derecho dirigida a sustituir a, y no a separarse de, la ciencia jurídica tradicional, merece por parte de Kelsen un juicio radicalmente negativo: «El intento de Ehrlich de fundamentar la sociología del Derecho -concluye- se debe considerar como completamente frustrado, sobre todo como consecuencia de una falta de claridad en el planteamiento de los problemas y de una ausencia de método preciso. Lo que se desprende de sus explicaciones caóticas y contradictorias no es ciertamente otra cosa que el lugar común aceptado (...) a saber, el enunciado que afirma que lo esencial del desarrollo jurídico radica en la sociedad». Pretender que ahí está «contenido el sentido de toda fundamentación de una sociología del Derecho» sería tanto como suponer que se puede «aprehender el sentido de toda la biología a través del enunciado que dijera que el desarrollo de los organismos radica en la naturaleza». Por lo demás, el artículo de Kelsen, escrito poco después de haber publicado los Hauptprobleme der Staatsrechtlehre, *tiene también interés porque en el mismo se prefiguran ya muchos de los conceptos capitales de lo que años después sería la* teoría pura del Derecho.

Perfecto Andrés Ibáñez, en Acerca de la motivación de los hechos en la sentencia penal, *se ocupa de una cuestión muy poco tratada en la teoría del Derecho, pero de importancia fundamental pues, ciertamente, «es en la reconstrucción o en la elaboración de los* hechos *donde el juez es más soberano, más difícilmente controlable, y donde, por ende, puede ser (...) más arbitrario». Después de efectuar diversas aclaraciones conceptuales a lo que constituye el tratamiento estándar de los hechos judiciales (el juez no se entiende directamente con los hechos como tales, sino con proposiciones relativas a hechos, de manera que él efectúa siempre una labor de reconstrucción; los hechos -las acciones- intencionales no son juicios de valor -como muchas veces se dice-, sino* hechos *psicológicos), el autor analiza tres modelos que pretenden dar cuenta de la reconstrucción judicial de los hechos: los modelos*

del historiador, del detective y de la inferencia inductiva. Apoyándose fundamentalmente en la obra de Ferrajoli, Andrés Ibáñez defiende precisamente este último modelo, lo que le lleva a sostener que la conclusión de ese tipo de razonamiento (esto es, la declaración de hechos probados) tiene un valor simplemente probabilístico y contiene, por tanto, siempre un cierto margen de incertidumbre. Pero precisamente por ello, la exigencia de motivación de los hechos debe tomarse «en serio» y no puede limitarse a una valoración «libre» de la prueba (basada en la «íntima convicción») por parte del juez: este último debe expresar también cuáles son las razones -los argumentos- en que descansan sus convicciones sobre los hechos.

En el artículo Fines y medios: una aproximación a los derechos, *Ricardo A. Guibourg aborda el problema de los derechos humanos y, en general, de las restricciones recíprocas, arrancando de la vieja cuestión de si el fin justifica los medios. A su juicio, el problema de los medios y de los fines puede resolverse en un simple cálculo comparativo a condición de que se parta de una única escala de valores y de que la solución se considere válida sólo para la óptica moral que contiene dicha escala. Pero el caso es que no existe una única escala de valores ni un método intersubjetivo dotado de aceptación general para resolver las controversias éticas. Por ello, tendemos a proscribir para todos la utilización de determinados medios, con independencia de lo valioso que sean los fines perseguidos; estas proscripciones vienen a constituir acuerdos interescalas para que, por encima de las escalas de valores que cada persona o grupo sustente, algunos intereses que se suponen comunes no sean afectados más allá de lo tolerable. A este género de los acuerdos interescalas pertenecen, entre otros, los derechos humanos, el sistema jurídico en cuanto tal y la forma democrática de gobierno.*

Finalmente, Antonio E. Pérez Luño (en Los clásicos españoles del Derecho Natural y la rehabilitación de la razón práctica*) arranca de la consideración de que la idea de racionalidad práctica es un elemento común a numerosas orientaciones de la filosofía del Derecho contemporáneas, para mostrar luego que los clásicos españoles del Derecho natural (Vitoria, Soto, Molina, Suárez o Vázquez) constituyen precisamente un valioso precedente de esas orientaciones. En opinión de Pérez Luño, esos autores son históricamente «el eslabón entre el Derecho natural clásico y el moderno», lo que se refleja en su concepción de la racionalidad práctica que, como toda doctrina de transición, refleja rasgos ambivalentes: «De una parte, siguen fieles a una fundamentación metafísica del orden jurídico y a unas "razones últimas" de tipo*

ontológico que conforman el sustrato axiológico material de sus construcciones. Pero, como contrapunto, llevan hasta sus últimas consecuencias el postulado tomista de la autonomía del orden humano regido por la racionalidad natural, respecto al orden trascendente de la fe y de la gracia». Además, y en relación con la crítica de ahistoricismo dirigida contra el iusnaturalismo clásico y moderno, Pérez Luño destaca que, aún siendo aplicable a los autores españoles, estos últimos mostraron una mayor «sensibilidad hacia lo concreto» y «apertura a lo histórico».

La sección **Notas** *se abre con un trabajo de Aleksander Peczenik* -Los principios jurídicos según M. Atienza y J. Ruiz Manero- *al que sigue el de estos dos últimos autores:* Objeciones de principio. Respuesta a Aleksander Peczenik y Luis Prieto Sanchís, *en el que responden a las críticas de Peczenik y también a las formuladas por Luis Prieto Sanchís en su libro* Sobre principios y normas. *La discusión gira básicamente en torno a tres tesis, defendidas por Atienza y Ruiz Manero (en* Sobre principios y reglas, *en DOXA n.º 10) y negadas por sus críticos: la de que las reglas jurídicas de mandato constituyen razones perentorias, mientras que los principios serían razones no perentorias; la de que aquellas reglas determinan de forma «cerrada» sus condiciones de aplicación, mientras que los principios lo harían deforma «abierta»; la tesis, finalmente, de que, a diferencia de las directrices, los principios en sentido estricto exigen un cumplimiento pleno, es decir, no admiten modalidades graduales de cumplimiento.*

A la anterior, sigue una segunda polémica que tiene como protagonistas a M.ª Inés Pazos y Carlos S. Nino. La primera (en El principio de autonomía de la persona en el discurso moral: análisis de un argumento pragmático) *trata de refutar la pretensión del segundo (expuesta en* Ética y derechos humanos) *de derivar el principio de autonomía de la persona de los presupuestos del discurso moral. Para ello, tras analizar el concepto de inconsistencia pragmática sostiene, en primer lugar, la invalidez del argumento de Nino pues, en su opinión, el argumento pragmático no es más útil que la simple deducción de la lógica tradicional, dado que el poder justificatorio de los argumentos pragmáticos dependerá en última instancia del contenido de sus presupuestos. En segundo lugar, la autora entiende que aun cuando se acepte algún presupuesto mínimo de la discusión moral, el resultado difícilmente será suficiente para fundamentar el principio de autonomía en el sentido tradicional y amplio en que ha de entenderse. En relación con la primera crítica, Nino contesta que es cierto que un argumento basado en una inconsistencia pragmática alude a una contradicción lógica entre enunciados, pero el situarse en el nivel*

pragmático permite atacar a alguien que no ha hecho dos afirmaciones con contenidos contradictorios. En relación con la segunda, Nino reconoce que Inés Pazos está «muy cerca del blanco cuando al final objeta que el principio de autonomía de la persona tal como está formulado por mí es demasiado restringido, ya que sólo comprende la libertad de elegir y materializar principios morales autorreferentes o ideales de excelencia humana y no la elección de planes de vida que no consisten en principios morales». Pero la respuesta de Nino aquí es que «los planes de vida y aún las elecciones más anodinas siempre presuponen principios morales, al menos permisivos».

En Weber y la duplicación de la ciencia jurídica. Una réplica a Bergalli, *Realino Marra contesta a la nota de este último aparecida en el número 10 de DOXA. En su opinión, hoy resulta más necesario que nunca que la sociología del Derecho desarrolle una función crítica para la definitiva superación de la ideología jurídica tradicional. Luego, cuando por fin se afirme una idea de ciencia del Derecho entendida como ciencia social unitaria, que se ocupe de los hechos, se podrá pensar en programas más o menos detallados de división del trabajo. Pero ello -objeta Marra a Bergalli- «no constituye, en suma, un proyecto de remoción y sustitución (a la manera de Ehrlich), en base a una idea de sociología jurídica como única, verdadera ciencia del Derecho. Lo que se persigue es, ante todo, un objetivo de institucionalización de la disciplina* en el interior *de la ciencia jurídica, como consecuencia del reconocimiento de la necesidad de una colaboración entre todos los científicos del Derecho».*

El autor entrevistado en este número, Georg Henrik von Wright, es, como se sabe, el fundador de la lógica deóntica. Sin embargo, en la entrevista que le realiza Eugenio Bulygin no hay sólo preguntas -y, obviamente, respuestas- concernientes al campo de la lógica, sino también al de la reflexión moral y política. En el primero de estos dos contextos, cabe destacar la opinión de von Wright de que la «lógica como estudio de lo racional trasciende los límites de lo verdadero y lo falso». Por lo que se refiere a la forma de abordar la problemática ética y política, el autor finlandés reconoce las limitaciones del no cognoscitivismo - y, en consecuencia, la necesidad de su superación-, pero le parece que están aún ausentes las «herramientas filosóficas» que permitirían tratar con rigor los problemas -genuinamente filosóficos- a los que el cognoscitivismo pretende hacer frente. En todo caso, von Wright formula, aunque con cautela, la predicción de que «la ética será el centro de la filosofía en el nuevo siglo, así como la lógica lo ha sido en las primeras décadas del presente siglo».

R E N A T O T R E V E S

RENATO TREVES (1907-1992)

Era un hombre bueno y con las ideas claras. ¿Era, digo así, en irremediable pasado? No acabo de hacerme a la idea, cuando escribo estas páginas que me pide Manuel Atienza para «Doxa», de que de verdad el gran amigo y querido maestro Renato Treves esté ya muerto. Me parece que no es así, que ha sido únicamente un mal sueño, que sigue bien en Milán haciendo su vida y sus trabajos y que, aunque hace tiempo que no le veo, ni me escribe, ni sé de él, es sólo que últimamente ha estado muy ocupado y que va a llamarme por teléfono en cualquier momento para hablarme de proyectos, papeles, viajes, revistas, gentes, como solía hacerlo: con frecuencia en los fines de semana y por las mañanas... muy, muy temprano. ¡El viejo montañero, austero, deportista y madrugador! Una vez tuve que hacerle ver, con sumo tacto y delicadeza (a él que era siempre tan educado y prudente), que sería mejor que llamara un poco más tarde, que aquí algunos viernes o sábados trasnochábamos más de la cuenta...

Pero quien de hecho ahora me llama es Atienza para devolverme a la dura realidad, para instarme a que me ponga a escribir estas notas en memoria de aquél. Así lo hago, obediente y apesadumbrado.

Han sido largos años de intensa relación personal, de profundo afecto y amistad, y de frecuente relación intelectual -libros, ideas, encuentros, debates- con el profesor Renato Treves. Pienso que al hilo de todo ese tiempo, su obra y magisterio han estado siempre muy presentes tanto en mis cursos universitarios como en la mayor parte de mis publicaciones: en ellas, junto a la influencia implícita y junto a análisis más distantes y objetivos, ha ido ya quedando expreso reconocimiento por mi parte del aprecio y consideración muy positiva de sus trabajos, sin perjuicio de mutuas discrepancias y observaciones críticas que enriquecían y fortalecían por lo demás esa nuestra relación personal e intelectual. Así, pues, a esos escritos míos reenvío aquí para un más amplio conocimiento

de su filosofía y su sociología, así como para unos u otros temas más concretos y / o para enfoques más académicos y sistemáticos que no tendrían ahora adecuada cabida, ni (todos) siquiera oportuna mención, en estas informales páginas finales de homenaje y recuerdo al maestro y amigo, sí, por desgracia irremediablemente desaparecido[1].

Conocí personalmente a Renato Treves en Madrid, en 1966, en la sede del «Centro de Enseñanza e Investigación» (CEISA), institución libre que, para la introducción de nuevos estudios, orientaciones y metodologías, había tenido que crearse fuera de la Universidad a la vista de (y a pesar de) las dificultades oficiales de la época, sede que lo era también de su «Escuela de Ciencias Sociales» donde como profesores de Sociología del Derecho estábamos encargados Luis García San Miguel y el autor de estas líneas. Yo lo conocía sólo «de leídas» de sus libros (por ejemplo, *Sociología y Filosofía social,* de 1941, o *Derecho y cultura,* de 1947) desde mis tiempos de estudiante y joven graduado trabajando con Joaquín Ruiz Giménez en la Universidad de Salamanca y después -en mis años de doctorado en Bolonia- por sus trabajos sobre el Estado de Derecho y la espuria utilización que de él se había pretendido hacer en los Estados totalitarios. En ese 1966, Renato Treves que había sido nombrado en 1962 Vicepresidente de la «International Sociological Association» (lo sería hasta el mismo 1966) y, dentro de ella, Presidente del «Research Committee on Sociology of Law» (hasta 1974), aceptó nuestra invitación para pronunciar un ciclo de conferencias en dicha «Escuela» contribuyendo así de manera muy decisiva a incrementar entre nosotros el interés por la Sociología del Derecho y avalando con su palabra y su presencia personal, y con la representación internacional que implicaba, las tareas y propósitos de ese «Centro» que, a pesar de todo, habría de ser clausurado por orden gubernativa -¡esos eran los tiempos!- no muchos meses después[2].

---

[1] El estudio e influencia de su obra, en los sucesivos momentos cronológicos, está con un carácter más amplio y general primeramente en buena parte de mi libro *Sociología y Filosofía del Derecho,* Madrid, Taurus, 1971 y ediciones posteriores; después, con propósitos más específicos, en el trabajo sobre «El juez y la sociedad: La Sociología jurídica y la Sociología judicial en la obra de Renato Treves», reconstruido como capítulo segundo de mi *Legalidades-Legitimidad en el socialismo democrático,* Madrid, Civitas, 1978; finalmente, resaltando también sus posiciones básicas, en el artículo (a propósito de la publicación de su *Sociologia del Diritto)* aparecido, bajo el título *Iluminismo crítico y Sociología del Derecho,* en la revista «Saber / Leer», núm. 12, Madrid, febrero de 1988.

[2] Más datos sobre nombres y vicisitudes del «Centro de Enseñanza e Investigación» y su «Escuela de Ciencias Sociales», inspirada ésta y aquél de manera muy principal por los profesores Tierno Galván y Aranguren -expulsados por

Esa visita de Treves y esos días de trabajo en Madrid, además de dar origen a muy gratas y, en algunos casos como el mío, a perdurables amistades personales y a fructíferas relaciones científicas, fueron también para él oportuna y emotiva ocasión -era su primer viaje a España- para tomar contacto en el interior con profesores y ámbitos culturales y políticos críticos y de oposición al régimen franquista. Y, desde ahí, para reenlazar evocando su lejano pasado con los años de exilio en Argentina (1938-1947) donde conoció y había, asimismo, entablado buena relación con intelectuales republicanos españoles (Luis Jiménez de Asúa, Lorenzo Luzurriaga, Jesús Prados Arrarte, Francisco Ayala, entre otros) que al igual que no pocos italianos (R. Mondolfo, los hermanos Terracini o G. Turín, por reducirme a los que coincidieron allí más con él) habían tenido que abandonar sus respectivos países perseguidos por los regímenes totalitarios de signo fascista en ellos implantados[3].

Desde entonces, y cada vez más en los frecuentes contactos de los últimos tiempos, la cultura y la filosofía española (Ortega y Gasset y los exiliados casi desde el principio, Fernando de los Ríos después, con el pensamiento de oposición a la dictadura en esa misma década de los sesenta-setenta) han encontrado en Renato Treves muy receptiva acogida al unísono de su sincera preocupación y sus constantes esfuerzos y apoyos en pro de la democracia para nuestro país. Recuerdo en este sentido como especialmente feliz y esperanzado su primer retorno a España tras

---

entonces de la Universidad oficial- y dirigida la segunda por J.A. Maravall, J.L. Sampedro y A. Truyol Serra, con gestión y coordinación general de J. Vidal Beneyto, pueden localizarse en mi *Sociología y Filosofía del Derecho, cit.,* 2.ª ed. de 1980, págs. 170 y 171.

[3] De esos años en Argentina -allí conoció Renato Treves a quien después sería su esposa Fiamma Lattes, también de familia italiana de exiliados-, en lo que a relaciones intelectuales se refiere ha quedado, entre otros, el recuerdo de la amistosa y muy interesante polémica que sobre antifascismo, liberalismo y democracia mantuvieron entonces Francisco Ayala (más pesimista hacia el liberalismo con la experiencia republicana española detrás) y Renato Treves (insistiendo más en el positivo carácter antifascista de los intelectuales liberales), siendo después publicados ambos textos en un pequeño volumen, *Una doble experiencia política: España e Italia,* Colegio de México, 1944. Treves volvió sobre esa antigua polémica en 1987-1988, *Antifascismo italiano e spagnolo nell'esilio argentino. Un dibattito e altri ricordi* («Nuova Antologia», Florencia, 1988), con recuerdos también para su amigo Diego Abad de Santillán; y Francisco Ayala se hizo eco de ella, *Evocación de un viejo debate* (en «El País», 25 de febrero de 1988), con consideraciones que conservan validez desde ayer y para hoy. Ambos textos de 1988 pueden localizarse ahora en el libro de recuerdos y encuentros de Treves a que se hace aquí referencia en la nota siguiente.

la muerte de Franco, a Asturias en concreto, en marzo de 1976, respondiendo a la invitación que le habíamos cursado para pronunciar dos conferencias en la Universidad de Oviedo donde yo era entonces catedrático con Manuel Atienza, joven ayudante, como eficiente programador de la visita[4].

La filosofía y la sociología crítica de Renato Treves, su más propia y personal actitud intelectual construida desde el punto de encuentro de la tolerancia y el compromiso, no fue, ni pretendió ser nunca -como estamos viendo- de neutra, indiferenciada e indiferente «neutralidad». La realidad y la historia tampoco lo son: intereses, valores, apropiaciones, desigualdades, ideas, libertades están siempre allí en tensión y conflicto. El rigor intelectual y científico, imprescindibles, operan siempre en ese marco, para comprenderlo y para, además, hacer algo con él, transformarlo y / o conservarlo. Su «concepción del mundo» y en filosofía política su socialismo liberal -así se autodefinía él- si acaso estarían más cerca de lo que Unamuno, con mayor carga agonista hispánica, llamaba «alterutralidad»: con unos y con otros (el vasco también contra unos y contra otros) pero en todo caso, con crítica, uniéndolos y fundiéndolos; así ocurriría en Treves no con cualquier cosa sino justamente con el liberalismo y el socialismo. Nunca aparte, no «neuter», ni con unos ni con otros, elitistamente, por encima del bien y del mal, sino comprometiéndose y tomando posición: contra el fascismo, que le persiguió con sus leyes racistas, contra la intolerancia y contra todo totalitarismo, en defensa del pluralismo democrático en política y -compleja correlación gnoseológica- en su adhesión al relativismo y al perspectivismo,

[4] Aquellos primeros y posteriores perdurables contactos con la España democrática han sido recordados y resaltados por él mismo, en el marco general de su biografía y de sus relaciones con intelectuales italianos y extranjeros, en uno de sus últimos y más personales libros, *Sociologia e socialismo. Ricordi e incontri,* Milán, Franco Angeli, 1990, págs. 227 y ss (trad. cast. de Luis C. Aparicio y Rafael de Asís, Prólogo de Gregorio Peces Barba, Madrid, Centro de Estudios Constitucionales, 1991, págs. 273 y ss.). Esta obra, «casi un testamento espiritual», califica tras la muerte de Treves uno de sus principales discípulos, el profesor Vincenzo Ferrari (*Un innovatore tra le norme,* «Il Sole, 24 Hore», 14 de junio de 1992), verdadera «autobiografía cultural» -así titula su comentario a ella Giuseppe Gadda Conti en «Il Giornale», 17 de febrero de 1991-, proporciona en efecto observaciones e informaciones muy valiosas tanto para su vida privada como intelectual, ambas siempre en él íntima e indisolublemente trabadas; otro comentario interesante sobre dicha obra y la personalidad de su autor -destacando en él la sobriedad y en aquella el no rechazo de valores e ideas en el tratamiento de los hechos- es también el de Gaetano Pecora, *In difesa della tolleranza,* en «Il Mattino», 28 de enero de 1991.

propugnando de siempre el espíritu crítico frente al espíritu dogmático en la ciencia y en la filosofía[5].

J. Ortega y Gasset, precisamente resaltando en él su perspectivismo, R. Mondolfo por su «problematismo», dice Treves, como «intérprete liberal del marxismo», socialismo humanista que le conecta no sin diferencias con el menos marxista de Fernando de los Ríos en España, K. Mannheim como uno de los padres fundadores de la sociología del conocimiento, H. Heller y su concepción del Estado como Estado de Derecho construido desde el socialismo liberal y democrático, últimamente Wright Mills y su «imaginación sociológica» serían algunos de los coherentes inspiradores de su teoría del conocimiento, de su filosofía política y, en relación con ellas, de su prevalente posición desde un prioritario, necesario, énfasis en las investigaciones empíricas hacia el no menos necesario entronque en una sociología teórica y crítica. Su socialismo liberal se inspira de manera asimismo muy decidida en una firme tradición italiana que Treves vincula, entre otros, a Piero Gobetti, Gioele Solari, Alessandro Levi, el propio R. Mondolfo y, en polémica con éste, los hermanos Carlo y Nello Roselli[6].

Por lo que se refiere más específica y profesionalmente al mundo jurídico -recordemos para el profano que Treves fue desde 1949 en la Universidad de Milán catedrático de Filosofía del Derecho y desde 1976 de Sociología del Derecho- puede,

---

[5] S*pirito critico e spirito dogmatico,* de 1954, es en efecto uno de los libros más representativos de su bibliografía. En su repercusión política, Vincenzo Ferrari habla con acierto de esa «tolerancia liberal, nunca separada de ese sentido profundo de igualitarismo que es propio de la idea socialista. Treves, en efecto -señala aquél- era un socialista liberal» (artículo citado en la nota anterior). Ténganse también en cuenta las observaciones críticas del profesor Uberto Searpelli (*Il diritto dietro le lenti di un liberal-socialista,* en «Il Sole, 24 Hore», 22 de marzo de 1987), en el sentido de que esas opciones valorativas y políticas más que «fruto de un estudio científico de la sociedad», como apuntaría un aquí casi cognoscitivista Treves, serían -dice- una «opción ética situada fuera de la ciencia»: yo, con todo, no escindiría tan dualistamente ciencia y ética en esa producción de los valores.

[6] Algunos de los ensayos de Treves sobre estos autores, Ortega, Mannheim, Heller, Mondolfo, Solari o Levi, precedidos de una introducción sobre «Libertad y socialismo en la emigración intelectual italiana y española», pueden encontrarse en su libro *Libertá politica e veritá,* Milán, Ed. di Comunitá, 1962; el sector italiano de ellos, con correcciones y alguna parte nueva, se publicó en la revista «Sistema», núm. 7, octubre de 1974, en traducción de Perfecto Andrés Ibáñez, *El socialismo liberal en Italia: algunos capítulos de su historia* (págs. 5-27). Para otros autores y momentos, incluidos tres capítulos sobre su íntimo amigo y compañero Norberto Bobbio desde esa misma perspectiva del socialismo liberal, reenvío a la ya citada «autobiografía cultural» de la nota 4, *Sociologia e socialismo. Ricordi e incontri.*

creo, decirse que los dos grandes pilares de su pensamiento han sido desde muy temprano, desde el principio, Kelsen para estrictamente la Teoría del Derecho y Weber para la Sociología del Derecho. Pero lo característico, y acertado, de su posición es que -a diferencia de lo que es bastante habitual- Treves insistirá en situar ambas posiciones en compatibilidad y mutua interrelación transformadora, con aportaciones sin duda decisivas para esa crítica mediación desde la filosofía jurídica, ética y política de Norberto Bobbio[7].

Ha sido justamente Norberto Bobbio quien desde siempre más ha insistido en el mérito de Renato Treves como estudioso, traductor e introductor de Kelsen en la ciencia y filosofía jurídica italianas desde principios de los años treinta. Y ahora, después de la muerte de éste, el viejo amigo ha vuelto a evocarlo, en ese mismo 1992, uniendo desde el principio sus biografías -entonces con investigaciones teóricas diferentes- en aquellos ya lejanos tiempos: «Renato Treves y yo -escribe Bobbio-, ambos alumnos de Solari orientados al estudio de la filosofía del derecho alemana, nos habíamos repartido los campos: él estudiaría la Escuela de Marburgo, en la cual se había inspirado Kelsen, y yo la fenomenología, de la que habían aparecido por entonces los primeros intentos de extensión al mundo del derecho. Se publicaron -recuerda- en el mismo año (1934) su libro *Il diritto come relazione. Saggio critico sul neokantismo contemporaneo,* y el mío, *L'indirizzo fenomenológico nella filosofia sociale e giuridica.* Mientras que de Treves -subraya Bobbio- se puede hacer comenzar la

[7] Acerca de todo ello, sobre otros destacados autores (Gurvitch, Geiger, etc.), sobre las positivas evoluciones internas del propio Treves, insertando la investigación empírica en la Sociología crítica, sobre la configuración y contenido actual de ella y sobre otras muchas cuestiones de interés (la crítica al estructural-funcionalismo, por ejemplo) puede verse su obra básica *Sociologia del Diritto. Origini, ricerche, problemi,* Turín, Giulio Einaudi, 1987 (2.ª ed. 1988); resaltando respectivamente la conexión de esa sociología crítica con el socialismo liberal y el «empeño civil del científico social», están las recensiones a este libro de Treves escritas por Manuel Calvo García («Anuario de Filosofía del Derecho», IV, 1987) y Luis C. Aparicio («Sistema», 82, enero de 1988); la muy cuidada versión castellana es de María José Añón, J. A. Pérez Lledó y Manuel Atienza, con detallada y rigurosa *Nota Preliminar* de este último en torno a esos cambios internos y evoluciones externas de su autor (Barcelona, Ariel, 1988). Precisamente también Manuel Atienza y Juan Ruiz Manero son los autores de la formativa e informativa *Entrevista a Renato Treves* (publicada en «Doxa», núm. 8, Universidad de Alicante, 1990) donde, además de darse un buen resumen de datos biográficos de aquél, se apuntan vías válidas para prolongar y / o debatir a fondo acerca de cuestiones que yo aquí no hago apenas sino que insinuar, como entre otras, por ejemplo, las aludidas antes (relativismo-cognoscitivismo) en relación con la nota 5 y después (formalismo-sociologismo) en relación con la nota 10.

eficaz difusión de Kelsen en Italia, si bien existiera ya algún escrito precedente, mis estudios sobre la fenomenología en la teoría del derecho no tuvieron continuación alguna. Yo mismo los abandoné bien pronto a la furia crítica y roedora de los ratones. Mi kelsenismo, por el cual -advierte aquél- soy con frecuencia considerado como uno de los mayores, si no el mayor responsable de la "kelsenitis" italiana, comenzó muchos años después. Como ha sido hecho notar, yo era entonces no tanto un nokelseniano cuanto un antikelseniano»[8].

Me parece importante resaltar ese fondo, y trasfondo, kelseniano del pensamiento jurídico de Renato Treves compatible, como digo, con su Sociología del Derecho en la mejor tradición weberiana. Pero, sin desconocer para nada las autonomías propias y, a la vez, las influencias recíprocas entre los dos maestros italianos, habría -creo- que señalar que en estos puntos centrales Treves corrige bien la pureza autista de Kelsen (y del formalismo jurídico) precisamente desde Bobbio: quiero decir, desde, por de pronto, la inflexión que lleva éste a cabo complementando el análisis de la estructura con el de las implicaciones derivadas de la función o funciones del Derecho, cuestión en la que Treves, junto a otros sociólogos pasados y presentes, tiene muy en cuenta las importantes observaciones diferenciadoras de Vincenzo Ferrari[9]. No tendrá tampoco problemas insalvables para desde ahí coincidir con Bobbio en situar el fundamento de la validez jurídica en la eficacia empírica de la fuerza social y del poder político, más allá, por tanto, de las insuficiencias internas y externas de Ross y de las, además, probables ambigüedades últimas de Hart (sin perjuicio,

---

[8] Norberto Bobbio, *Diritto e potere. Saggi su Kelsen,* Nápoles, Edizioni Scientifiche Italiane, 1992 (Colección «Diritto e Cultura», dirigida por Agostino Carrino), pág. 5 de la «Prefazione» fechada el 5 de agosto de 1992 y que se abre con estas palabras de aquél: «Dedico este libro a la memoria de Renato Treves, con quien tuvieron inicio los estudios kelsenianos en Italia, fallecido el 31 de mayo de 1992 en los mismos días en que yo estaba terminando de preparar esta recopilación y durante los cuales la querida imagen de Renato ha estado siempre presente en mi mente». En la misma editorial y colección que este libro de Bobbio, y también con prólogo suyo, acaba de volver a publicarse, en 1993, la obra de Treves de 1934 a que en el texto transcrito se hacía por él referencia. En otros momentos de su larga y profunda amistad, Bobbio ha aprovechado bien para dar sincero testimonio de ella y de su alto aprecio por la obra de aquél: *Il magistero di Renato Treves,* texto jubilar publicado en «Nuova Antologia» (octubre-diciembre de 1984) es un buen ejemplo de ello; en trad. cast. de Alfonso Ruiz Miguel se publicó en «Sistema», núm. 73, julio de 1986.

[9] Vincenzo Ferrari, *Funzioni del diritto. Saggio critico-ricostruttivo,* Roma-Bari, Laterza 1987; 2.º ed., revisada y con nueva interesante nota preliminar,1989 (trad. cast. de María José Añón y Javier de Lucas Martín con muy útil y bien orientada *Nota introductoria* de este último, Madrid, Debate 1989).

por supuesto, de los méritos y aportaciones reconocidos a ambos). En el otro, central, orden de cosas, el de la justificación ética del Derecho, la coincidencia de Treves con Bobbio en los valores fundamentales y en sus connotaciones políticas es, sin duda, casi absoluta y total, con reservas kelsenianas ante el cognoscitivismo que en buena parte se superan desde ese entronque social (criticado por Scarpelli) y un uso no reductivo-cientificista de la razón[10].

Desde estas coordenadas es verdad, no obstante, que Treves, dedicado muy prioritariamente a la Sociología del Derecho -y ahí sus impulsos, investigaciones y aportaciones han sido decisivas- no se ha ocupado en igual medida y de manera expresa ni de algunos debates habituales en todos estos tiempos acerca de los problemas de la validez (Ciencia del Derecho), ni de todas las últimas teorías formuladas sobre la fundamentación ética (Filosofía del Derecho). A mi juicio, si no ha insistido en ello de forma más extensa y directa fue también porque en las líneas principales y básicas de una y de otra venía a coincidir casi plenamente con las que él (sin mimetismos acríticos) reconocía, junto a otros autores cercanos, en la filosofía jurídica de su admirado amigo del alma Norberto Bobbio. Como se ve, de algún modo continuó entre ambos, aunque con ciertos cambios de área y no sin interconexiones, aquella -por lo demás nunca deterministamente planificada- primera y antigua división de trabajo[11].

---

[10] Para esa su antigua, profunda y crítica relación con el padre de la «teoría pura del Derecho», es del mayor interés el volumen conjunto Hans Kelsen y Renato Treves, *Formalismo giuridico e realtá sociale,* preparado por Stanley L. Paulson y aparecido en Edizioni Scientifiche Italiane, Napolés, 1992, en la ya citada y ya tan prestigiada colección «Diritto e Cultura» -de idéntico título, obsérvese, que la obra de Treves de 1947- que dirige el prof. Agostino Carrino, traductor asimismo de ella al italiano y autor, bien conocido, de valiosas publicaciones sobre el pensamiento del maestro vienés; en dicho volumen conjunto, con trabajos de ambos, se publica asimismo la extensa y laudatoria carta que Kelsen le escribiera a Treves en 1933, puntualizando sobre aspectos centrales de su teoría pura del Derecho a propósito de las observaciones críticas hechas por éste.

[11] Véanse, con todo (para esa preocupación y conexión), sus *Lezioni di Filosofia del Diritto,* Milán, Cisalpino-Goliardica, 1.ª ed. 1959-1960; 2.ª ed. 1968-1969. Sobre esas preferentes dedicaciones de aquél y sus aportaciones en ellas, siempre con continuidad, está el libro de Aristide Tanzi, *Renato Treves: Dalla filosofia alla sociologia del diritto,* Nápoles, Edizioni Scientifiche Italiane, 1988. Para la revisión general del pensamiento de Treves, confróntese, además de los trabajos de otros autores citados en estas notas, su bibliografía de 162 títulos (hasta sólo 1983), preparada por las muy cercanas colaboradoras que fueron Nella Gridelli Velicogna y Vera Segre y que figura al final de la obra colectiva *Societá, norme e valori. Studi in onore di Renato Treves,* con nota preliminar y coordinación de Uberto Scarpelli y Vincenzo Tomeo, publicada por Giuffreé Ed., Milán, 1984.

Habrá en su día que reflexionar, o que seguir reflexionando, con más detenimiento y atención sobre los resultados que para el conocimiento real del Derecho y sus progresivas transformaciones -sobre la base de cambios económicos, sociales, políticos, tecnológicos- ha podido suponer la Sociología jurídica durante todas estas últimas décadas, en las cuales la presencia también internacional de Renato Treves ha sido incuestionable. E, inversamente (como es aún el caso de España, contando incluso con los pasos decisivos que también en este área se han dado desde la instauración de la democracia), los déficits que su no institucionalización universitaria y escasa investigación dentro y fuera de la academia han impedido todavía superar[12].

Pero téngase muy en cuenta la insistencia de Treves en que las investigaciones empíricas han de ser siempre comprendidas desde y para una sociología teórica y crítica. De ahí que, junto a la anterior reflexión, sea también imprescindible en la actual Filosofía y Sociología del Derecho la consideración, entre otras cosas, de las muy importantes relaciones e influencias que en las construcciones científico-jurídicas sobre la validez (y la legalidad / constitucionalidad) e, incluso en otra dimensión, en las filosófico-jurídicas sobre la legitimidad (y la justicia / justificación) cabe atribuir, con diferente grado y tipo de condicionalidad, a las mediaciones provenientes de la legitimación. La revista «Sociologia del Diritto», dirigida por Treves desde su fundación en 1974, con Vincenzo Ferrari como codirector y continuador, aloja ingente cantidad y cualidad de materiales, trabajos e investigaciones de gran utilidad para esas y otras tareas y reconstrucciones. Como también, al igual que en los escritos personales de aquél, y más

---

[12] Sabido es que dentro de la actual reforma universitaria española la Sociología jurídica se ha introducido finalmente, bien sea que con carácter de asignatura optativa, en los nuevos planes de estudio de nuestras Facultades de Derecho. A la, todavía, escasez entre nosotros de investigaciones empíricas en este área ha vuelto a referirse recientemente José Juan Toharia en su artículo sobre *La Sociología del Derecho* en España («Saber / Leer», núm. 63, Madrid, marzo de 1993), comentario de la obra de Roger Cotterrell, *Introducción a la Sociología del Derecho,* versión española del Prof. Carlos Ruiz Pérez, con Prólogo del Prof. Antonio-Enrique Pérez Luño, Barcelona, Ariel, 1991. Precisamente José Juan Toharia, para los jueces, junto con Ángel Zaragoza, para los abogados, fueron los iniciadores en nuestro país de investigaciones empíricas sociológico-jurídicas proseguidas en parte por el primero y que sólo han tenido después débil continuidad: añádanse a ellas algunas otras investigaciones posteriores por él allí recordadas; y también, en algún momento, con propósitos de ayuda del propio Renato Treves, las emprendidas por el «Laboratorio de Sociología Jurídica» de San Sebastián y el «Anuario Vasco de Sociología del Derecho», dirigidos por el Prof. Francisco Javier Caballero Harriet.

allá de todo lo anterior, para aportaciones en áreas temáticas como la sociología del conocimiento, la metodología de las ciencias sociales, la relación hechos-valores, datos empíricos-teoría crítica, Derecho-cultura, por las que, desde su Filosofía y Sociología jurídica, Treves tuvo siempre una especial preocupación. La no clausura formalista del mundo jurídico, su no reduccionismo interiorista, su no fraccionamiento dentro de una realidad hoy a su vez tan escindida, así como sus contrapuntos en una filosofía y sociología crítica, me parece que pueden recibir muy valiosos estímulos a través de los esfuerzos teóricos y prácticos llevados a cabo durante toda su vida por el catedrático de la Universidad de Milán[13].

[13] Es desde esa perspectiva de filosofía y sociología crítica desde la que, como ya he recordado en otras varias ocasiones, Treves hizo lo imposible por potenciar la Sociología del Derecho en España y por incorporarla al contexto europeo e internacional: reenvío sobre ello a los abundantes datos, también en relación con la nota anterior, que van en mi libro *Sociología y Filosofía del Derecho* (1971, 2.ª ed., 1980, págs. 165-172). Hasta esos mismos años y desde sus inicios krausistas se refiere la monografía de Thomas Knöpfel, *Entwicklung und gegenwärtiger Stand der Rechtssoziologie in Spanien. Eine krïtische Übersicht,* Berlín, Duncker und Humblot, 1982. Con posterioridad habría sin duda que destacar la creación en 1989, en gran medida por impulso del Prof. Renato Treves y bajo los auspicios del Gobierno Vasco, del «Instituto de Sociología Jurídica» con sede en Oñati (Guipúzcoa), del cual el Prof. André-Jean Arnaud ha sido su primer Director y animador permanente; en ese tiempo Treves fue nombrado Doctor «Honoris Causa» por la Universidad de San Sebastián. Sobre actividades y publicaciones llevadas a cabo en dicho Instituto, así como acerca de otros congresos, reuniones y trabajos habidos en otros ámbitos, véanse los valiosos, siempre incisivos y polémicos, escritos del profesor Roberto Bergalli, *Por una Sociología jurídica en España,* presentación a la obra colectiva por él coordinada *El Derecho y sus realidades. Investigación y enseñanza de la Sociología Jurídica,* Homenaje al Prof. Dr. Renato Treves (Barcelona, Promociones y Publicaciones Universitarias, 1989) y *Sociología Jurídica en España: más frustraciones que esperanzas,* presentación a la obra colectiva también por él coordinada *Sentido y razón del Derecho. Enfoques socio-jurídicos para la sociedad democrática* (Barcelona, Ed. Hacer, 1992); en esta obra está también, con informaciones y observaciones necesarias, el trabajo de Manuel Atienza y Juan Antonio Pérez Lledó, *La Sociología del Derecho española en la actualidad* (págs. 313-328). Una excelente y muy oportuna culminación del reconocimiento universitario español a la tarea llevada a cabo por el Prof. Renato Treves fue, bien merece resaltarse su investidura como Doctor «Honoris Causa» por la Universidad Carlos III de Madrid en un solemne acto académico celebrado el día 29 de enero de 1991, con «laudatio» del Prof. Eusebio Fernández, bajo la presidencia del Rector Gregorio Peces Barba. Éste fue -no lo sabíamos- su último viaje, la postrer visita de Treves a España. Tampoco sabíamos que como prolongación y constancia escrita de ese reconocimiento, el núm. 1 (febrero-octubre 1993) de «Derechos y libertades» (Revista del Instituto Bartolomé de las Casas, de la Universidad Carlos III), que dirige el Prof. Gregorio Peces Barba iba a abrirse dolorosamente con un *In memoriam: Renato Treves,* donde junto al texto de éste

De nuevo Norberto Bobbio, en otro muy reciente y breve escrito también de 1992, con ocasión de la muerte de aquél, tras volver a insistir en que «al menos en dos campos, la difusión del pensamiento de Kelsen y la sociología del derecho, su contribución ha sido -dice- fundamental», termina evocando, en estos tan azarosos y desmoralizantes tiempos de la Italia actual, la que habría sido, en su dimensión incluso más íntima y radical, la visión o concepción del mundo de Renato Treves: «la consciencia de la muy alta dignidad de la cultura y, a la vez, la humildad frente a las grandes dificultades de su tarea, el hondo reconocimiento ante los grandes ideales de la libertad y de la justicia, especialmente respecto de las gentes que, por hacerlos realidad, más han sufrido en sus vidas personales, el profundo sentido de la amistad entendida como recíproca ofrenda de afectos y de enseñanzas de la existencia, el amor hacia la verdad nunca separado de la duda crítica, la disciplina de la mente vivificada por el abandono a los impulsos del corazón, la fuerza de las propias convicciones siempre acompañada de la tolerancia hacia los demás. Muchos de nosotros -concluye Bobbio- han visto encarnado en él, como en ningún otro, el espíritu de la amistad»[14].

Treves era un hombre bueno y con ideas claras. Quizás no tan apreciado, pues, por los que simulan o necesitan creer que la maldad y la confusión -con esos rotundos nombres o con otros de más cómoda integración- son pruebas indelebles de la más profunda inteligencia y de la más realista complejidad. Pero aquella claridad nunca le llevaba a creerse en posesión de la verdad, de ninguna verdad, casi al contrario era más bien dubitativo, perspectivista y, en su modestia, constantemente autocrítico; y su bondad, en disponibilidad siempre abierta en principio a todos, y de la que más de uno abusó, no le impedía diferenciar entre las personas para esa vía hacia el afecto y la verdadera amistad. Era suave en la forma, siempre con austera sobriedad, y firme en el fondo, si bien con generosa tolerancia. Sus críticas, más a obras que a personas (aunque unía unas a otras), siempre comenzaban por la propia autocrítica, consciente de los límites respecto de sus personales posibilidades así como, con toda honradez, hacia las posibles lagunas e

sobre *Derechos del hombre, democracia y paz,* se publica el artículo ya citado aquí (nota 4) de Vincenzo Ferrari, ambos en traducción de Andrea Greppi, y una breve *Biografía del Prof. Renato Treves,* firmada por María José Fariñas.

[14] Norberto Bobbio, *Renato Treves,* en el volumen de «Sociologia del Diritto» (XIX, 1992, 2) en que se da noticia de su muerte, págs. 7-9.

insuficiencias de sus obras y trabajos[15].

[15] En su muy concienzudo e incisivo *Recuerdo de Renato Treves (1907-*

Vi -voy a terminar- a Renato Treves por última vez en Milán muy pocas semanas antes de su muerte, con ocasión de mi participación en una mesa redonda y una posterior conferencia sobre cultura y política española en la transición desde el franquismo a la democracia, los días 17 y 18 de marzo de 1992, actos ambos en torno a los cuales aquél -todavía controlando con gran esfuerzo y ánimo el proceso fatal de su irreversible enfermedad- tuvo una muy destacada intervención. La mesa redonda se celebró en la impresionante sede de la Biblioteca Braidense milanesa, en via Brera, y en ella tomamos parte, además de la directora de la casa que amablemente nos acogía, Antonio Elorza y yo, por parte española, con la profesora Donatella Montalto y el propio Renato Treves entre los italianos. Esa presencia suya allí resultó ser todo un símbolo de su trayectoria y biografía personal, siempre tan vinculada a nuestro país: me parece que muy probablemente la grata sesión de trabajo de aquella tarde en la que todos acabamos hablando distendidamente de la cultura y la política en la España de ayer y de hoy fue el último acto público en que ya Renato Treves pudo estar presente e intervenir. Pero le observé -recuerdo- al salir, via Brera abajo, del brazo de su mujer, bastante cansado ya tras el desgaste de esas horas de ponencias y coloquios, deseando regresar a casa...

Todavía al día siguiente tuve, sin embargo, la fortuna de poder pasar con él allí -en via Lusardi- algunos largos ratos antes y después de acudir para dar mi conferencia a la Facultad de Ciencias Políticas donde había sido invitado por los profesores Ettore A. Albertoni y Donatella Montalto. Por la tarde, a primera hora, hablamos los dos solos, con mi certeza de que él ya sabía de su próximo fin: me tenía guardados como sorpresa los primeros ejemplares de la traducción italiana, tan cuidada por Morris L. Ghezzi, de mi *Ética contra política,* me regaló separatas y libros suyos, algunos viejos como *Derecho y cultura,* otros de recientísima nueva edición como el de la mencionada recopilación conjunta con Kelsen; aunque estaba triste, se le veía feliz con él y me lo dedicó con letra, noto ahora, titubeante e indecisa incluso al escribir su propio nombre. Por la noche, tras mi conferencia, nos reunimos con él y con Fiamma en una cena en su casa con buenos

---

1992): líneas fundamentales de su pensamiento jurídico y político («Sistema», núm. 112, enero de 1993, págs. 117-127), hace muy bien Julián Sauquillo en resaltar, a propósito de la personalidad y los escritos de aquél, que «cuando se trata de obras comprometidas con un siglo (¿y cuál que sea verdadera obra de interés no lo es o no lo debe de ser?, anotaría yo) -con el permiso (ironiza aquél) de la "nueva crítica"- no cabe escindir autor y obra sino atender a las condiciones histórico-políticas que la alentó» (pág. 123).

amigos y discípulos suyos, entre otros (recuerdo ahora) Mario Cattaneo, Ettore Albertoni, Mario Losano, Agostino Carrino, Donatella Montalto, Morris Ghezzi, su hijo Tulio Treves... Al principio estaba como algo ausente y más bien silencioso pero después, poco a poco, fue entrando en las conversaciones y debates y acabó, aunque era ya alta noche, muy animado y creo que hasta disfrutando y medio olvidándose de lo que todos, sin embargo, teníamos «in mente» sin podérnoslo sacar del todo en ningún momento.

Deambulé por el viejo Milán esa fría noche de marzo, tras un grande y largo abrazo final con él -los dos sabíamos que ya no nos volveríamos a ver (aunque hasta el 31 de mayo todavía habríamos de hablar por teléfono alguna vez)- evocando en soledad muchas de las cosas que ahora en estas páginas dejo escritas, en comunidad, para recuerdo y memoria de quien fue, y es, maestro y, sobre todo, amigo, casi como un buen padre, Renato Treves.

LA FILOSOFÍA DEL DERECHO EN EE.UU.: PROBLEMAS ACTUALES

LA ENSEÑANZA DEL DERECHO EN ESTADOS UNIDOS

1. Introducción

En el fragor del actual debate en torno a la enseñanza del Derecho (y a su reforma) en España, suelen oírse algunas alusiones aisladas, pero no del todo infrecuentes, al «modelo americano». Pero estas alusiones permanecen casi siempre, me parece, en un nivel superficial de generalidad, que permite a algunos aprovechar retóricamente el prestigio que en determinados círculos académicos o políticos pueda tener este modelo (como casi todo lo que provenga de ese país) con el fin de apoyar así sus opiniones o propuestas concretas en el debate español. El funcionamiento concreto de las facultades de Derecho norteamericanas es pues un tema del que en España se habla poco pero, me temo, se conoce todavía menos. Cierto es que la enseñanza del Derecho en Estados Unidos es todo un mundo que difiere en aspectos sustanciales, tanto institucionales como metodológicos (en realidad, en casi todo), respecto del sistema español[1]. Pero yo creo que a pesar de esas enormes diferencias -o quizá precisamente por ellas- deberíamos incluir la experiencia americana entre los espejos donde mirarnos a la

[1] Esta afirmación parece obvia: cualquier jurista español que *no* esté familiarizado con el sistema educativo americano podría aventurarla, dado que se trata de un país perteneciente a la familia del Common Law. Aun así, ese mismo lector quizá todavía se sorprenda un poco al ver hasta qué extremo llegan esas diferencias. Incluso son casi igualmente notables las diferencias que separan en este tema (como en muchos otros) a Estados Unidos del otro gran país (y padre) de esta «familia», Inglaterra. Para un breve estudio comparativo entre estos dos países, véase el capítulo correspondiente a la enseñanza del Derecho en Atiyah, P.S.; Summers, R.S., *Form and Substance in Anglo-American Law,* Clarendon, Oxford, 1987 (cap. 14, pp. 384-407). Seguiré este texto en bastantes aspectos de mi trabajo: muchas de las peculiaridades del sistema americano destacadas por estos autores en su comparación con Inglaterra son igualmente aplicables a una comparación con España.

hora de hacer el diagnóstico y emprender la transformación de la enseñanza del Derecho en España. De los logros alcanzados y de los errores cometidos en Estados Unidos podemos aprender por lo menos tanto como de la situación en otros países más próximos en los que tradicionalmente tendemos a fijarnos mucho más. Sobre todo, podríamos aprender cosas distintas de un sistema tan distinto[2].

El objetivo de este trabajo es pues suministrar una cierta información básica acerca de la enseñanza del Derecho en Estados Unidos. No puedo extenderme en un estudio a fondo de este tema, que allí constituye toda una subdisciplina jurídica («Legal Education») enormemente desarrollada[3]. Pero al menos me detendré en algunas líneas generales acerca del estudio del Derecho en ese país y de sus principales diferencias con la situación en el

---

[2] Sólo quien excluya a priori la posibilidad de verdaderos cambios reduciría los modelos extranjeros de referencia a aquellos que se parecen bastante al que ya tenemos aquí. Pero si lo que tenemos no nos satisface, deberíamos atrevernos a mirar también cosas nuevas y diferentes, sin rendirnos de antemano ante la supuesta imposibilidad de traducirlas y aplicarlas a nuestro país (imposibilidad que muchas veces se asume de entrada cuando está aún por demostrar, paralizando nuestra capacidad de imaginar auténticas alternativas).

[3] La literatura especializada es inmensa, y el interés y los debates en torno a la enseñanza del Derecho están muy extendidos (quizá ello tenga bastante que ver con la tradición filosófica norteamericana del pragmatismo, que sigue impregnando toda la cultura de este país: como es sabido, la docencia, la filosofía y la psicología de la educación, fue uno de los temas favoritos de los pragmatistas, especialmente pero no sólo de Dewey). Como síntoma destacaré la publicación de la revista trimestral *Journal of Legal Education,* editada por la Association of American Law Schools. Esta prestigiosa revista es el principal medio de comunicación para el intercambio de ideas e información acerca del mundo de las facultades de Derecho, aunque no es la única revista dedicada a este tema. Como introducción e historia de la enseñanza del Derecho en Estados Unidos (con abundantísima información estadística) véase Stevens, Robert, *Law School. Legal Education in America from the 1850's to the 1980's,* University of North Carolina Press, Chapel Hill, 1983, pp. 334. Para un estudio mucho más breve y manejable, véase Cavers, David F., «Legal Education in the U.S.», en Berman, H. (ed.) *Talks on American Law* (revised edition), Vintage, Books, New York, 1971; o, más recientemente: Byse, Clark, «Fifty Years of Legal Education», 71 *Iowa Law Review* (1986), Sobre la enseñanza del Derecho en Harvard el texto ya clásico es Sutherland, A.E., *The Law at Harvard,* Belknap Press, Cambridge, MA, 1967. Entre las numerosísimas «guías» publicadas para orientar a futuros estudiantes de Derecho, debo destacar la única que se considera «oficial», publicada anualmente por el Law School Admission Council en cooperación con la ABA y la AALS *(The Official Guide to U.S. Law Schools,* Law Services Publications, Newton, PA), así como la editada por la «Society of Law School Teachers», con artículos de 20 profesores y prologada por el juez Brennan (Gillers, Stephen, ed., *Looking at Law School,* Meridian, New York, 3.ª edición, 1990, pp. 330).

nuestro, con la única aspiración de ofrecer una descripción que pueda ser de alguna utilidad para el lector español. Aunque están estrechamente ligados, hablaré primero de los aspectos institucionales de la enseñanza del Derecho, y después de los contenidos y métodos didácticos de esa enseñanza. Vaya por delante que no pretendo ofrecer aquí una investigación sociológica «seria» con abundante información estadística: aunque ilustraré mi descripción con bastantes datos, lo que sigue es en buena parte una visión personal fruto de impresiones y experiencias en algunas facultades de Derecho americanas, de conversaciones con profesores y estudiantes, y de algunas lecturas.

2. Aspectos institucionales: las facultades de Derecho y sus protagonistas

a) Las facultades de Derecho

Lo primero que debo decir es que la enseñanza del Derecho en Estados Unidos no es en absoluto algo homogéneo, por lo que resulta difícil hablar de un único «modelo» o «sistema» americano de enseñanza del Derecho[4]. Además de las 175 facultades de Derecho «acreditadas» por la American Bar Association (la confederación de las «Bar Associations» o Colegios de Abogados de todos los Estados) existe todavía un buen número de facultades no acreditadas. Estas últimas son un vestigio del antiguo tipo de «Law schools» dependientes de instituciones educativas con ánimo de lucro no conectadas con la universidad, aunque hoy suelen organizarse como «corporations not for profit»[5]. Su calidad es

[4] Una de las causas de las grandes desigualdades entre las diversas instituciones dedicadas a la enseñanza del Derecho en Estados Unidos es la ausencia de un control público de la enseñanza superior a nivel federal, al estilo del que ejercen en España instituciones como el Ministerio de Educación y Ciencia o el Consejo de Universidades. Cada Estado establece sus propios requisitos para la admisión al ejercicio profesional. Sólo entidades privadas (o semiprivadas) de ámbito nacional, como la American Bar Association (ABA) y la American Association of Law Schools (AALS), en cooperación con el Law School Admission Council, cumplen en la práctica una cierta función uniformadora, elaborando criterios generales en cuanto a acreditación de facultades, admisión de estudiantes, planes de estudios, titulaciones, habilitación para el ejercicio profesional, etc.

[5] Hay que tener en cuenta que, históricamente, y hasta hace no mucho, para ser admitido al «Bar examination» (la prueba que se exige en cada Estado para poder acceder al ejercicio profesional) no era necesario haber pasado por un período previo de educación formal en una facultad de Derecho. Los futuros abogados se formaban «a la inglesa», «leyendo Derecho» (en América, primero los *Comentarios* de Blackstone, y años después los de Kent) y trabajando como

muy pobre y su prestigio casi está por los suelos: se trata más bien de «academias» privadas sin pretensiones intelectuales, concentradas en la preparación del «Bar exam» local, con clases nocturnas impartidas por abogados en ejercicio a estudiantes que trabajan y de los que más de la mitad abandonan antes de finalizar los cuatro o cinco años de que constan los estudios en este tipo de escuelas.

Entre las facultades de Derecho acreditadas, pertenecientes normalmente a una universidad (y a las que en adelante me referiré en exclusiva), las diferencias son también muy notables. Hay facultades públicas y privadas, de ámbito «nacional» y de ámbito «estatal» e incluso «local», grandes y pequeñas, de mayor o menor prestigio y calidad...

El número de facultades de Derecho *privadas* es algo superior al de las *públicas.* Estas últimas dependen siempre de los Estados, no del gobierno federal[6], y aquéllas son instituciones en su mayoría laicas, sin ánimo de lucro, básicamente financiadas por fundaciones, grandes empresas o benefactores individuales (casi siempre antiguos alumnos), aunque también reciben ayudas públicas y beneficios fiscales[7].

La distinción entre facultades de Derecho *«estatales»* y *«nacionales»* se basa fundamentalmente en la orientación de su curriculum, según se enfatice el Derecho del Estado donde radican (de donde reclutan y donde colocan a sus estudiantes) o bien se

---

pasantes o aprendices de un profesional en ejercicio (como las «Inns of Court» en Inglaterra). En 1966 todavía en 13 Estados cualquiera podía prepararse por su cuenta para dicho examen. Aunque hoy este método prácticamente ha desaparecido (actualmente casi todos los Estados exigen para la práctica profesional el título de Derecho expedido por una facultad acreditada por el ABA), todavía quedan muchos abogados en ejercicio que accedieron a la profesión de esa manera. Para unos breves apuntes históricos, véase infra, p. 69 y ss.

[6] En consecuencia, las universidades públicas (financiadas por los contribuyentes locales) admiten un mayor porcentaje de estudiantes residentes en su propio Estado, que deben pagar tasas de matrícula muy inferiores a las de los no residentes. Por el contrario, las universidades privadas no incluyen el factor geográfico entre sus criterios de admisión, y todos pagan la misma cantidad para matricularse.

[7] De las 175 facultades acreditadas por la ABA, 76 son públicas y 99 privadas. Entre estas últimas, 57 son «independientes», 32 son «religiosas», y 10 son «independientes con afiliación religiosa» (datos extraídos de la 13.ª edición del directorio *American Universities and Colleges,* editado por el American Council on Education). Proporcionalmente estas cifras, referidas a las facultades de Derecho, se alejan bastante, pero no extraordinariamente, respecto de la distribución de esas mismas categorías atribuidas a las universidades americanas en general: en números redondos hay en Estados Unidos unas 2.000 instituciones de enseñanza superior, de las cuales más del 70% son privadas, y entre éstas el número de universidades laicas es similar al de las religiosas.

enseñe una especie de Derecho nacional, sin concentrarse especialmente en un Estado concreto, sino más bien haciendo hincapié en el Derecho y la práctica de los tribunales federales, y en una preparación metodológica general a partir de reglas y casos relevantes tomados de cualquier Estado, de manera que sus estudiantes puedan prepararse después para el «Bar examination» y la práctica en cualquier lugar del país (a pesar de sus importantes diferencias). Desde luego, esta distinción entre facultades «nacionales» y «estatales» o «locales» viene a coincidir en muchos casos con la distinción entre «privadas» y «públicas», respectivamente (las universidades públicas suelen orientar su enseñanza hacia el Derecho del Estado del que dependen). Pero esto no es siempre así: un buen número de facultades de Derecho públicas, como las de Virginia, Berkeley o Michigan (por citar algunas de las más prestigiosas), se consideran «nacionales» por los contenidos de su enseñanza, por la procedencia y destino final de sus estudiantes y por la influencia a nivel nacional de su docencia e investigación, a pesar de que institucionalmente dependen de sus respectivos Estados.

La diversidad afecta también al *tamaño* de las facultades de Derecho (medido por el número de alumnos), aunque esto no parece que sea un rasgo peculiar de Estados Unidos que sorprenda al lector español. Lo que quizá sí suscite la atención (y la envidia) de ese lector es la ratio estudiantes / profesores. Harvard Law School, la facultad más grande del país, tiene unos 1.800 alumnos -poco más de la mitad que la facultad de Derecho de Alicante- para un claustro de 63 profesores con exclusiva, a los que hay que añadir un buen número de «Profesores visitantes» (en 1991-92 hay 19) que también imparten docencia, así como «Lecturers on Law» (43 en ese mismo año), «Emeritus» (23), «teaching assistants» y «research assistants». Pese a estas cifras, uno de los defectos que se achacan con más frecuencia a Harvard es el de su masificación (sic). Y, efectivamente, Harvard es una facultad masificada si la comparamos con Yale, que tiene unos 600 estudiantes (con 57 profesores en exclusiva). Pero Yale suele considerarse todavía como un ejemplo de facultad «mediana»[8], con al menos el doble

[8] «Mediana» en cuanto al número de estudiantes, no de profesores: una facultad de tipo medio (es decir, con unos 600-700 alumnos), tiene unos 30 ó 35 profesores en exclusiva (sin contar a los profesionales -abogados, jueces, etc- contratados a tiempo parcial). De todas formas, hay que advertir que las envidiables ratios profesores / alumnos que parecen desprenderse de estas cifras pueden resultar ligeramente engañosas si no se tienen en cuenta factores como un cierto número -mayor que en España- de profesores «liberados» total o parcialmente de su carga docente para atender tareas administrativas (Decanos, Vicedecanos de todo tipo, etc.), o para dedicarse en exclusiva durante un año a

de estudiantes que las «pequeñas» (según datos recientes, New Mexico tenía 338 alumnos, Wyoming 211, South Dakota 156...). Como cabe imaginar a la vista de estas cifras, incluso en las facultades grandes las clases tienen lugar en grupos de no más de 30 estudiantes, y en seminarios de 10 ó 15 (salvo en el primer curso, donde el curriculum está unificado y los estudiantes han de dividirse en «secciones» de más de 100 alumnos)[9].

Pero quizá el factor fundamental (al menos el que aquí más nos interesa) que distingue a unas facultades de otras no es el de su status institucional (público o privado), ni el ámbito geográfico, ni el tamaño, sino la «calidad» o «prestigio» de cada institución. En España un licenciado en Derecho es un licenciado en Derecho, y punto: no importa demasiado saber dónde estudió. En Estados Unidos las diferencias en cuanto a calidad de enseñanza, nivel del profesorado, bibliotecas y demás medios materiales, requisitos para la admisión de alumnos, dureza y diseño adecuado del plan de estudios, perspectivas profesionales de sus licenciados, etc., son abismales. En una palabra, existe un consenso generalizado en cuanto a la «reputación» de las distintas facultades de Derecho, que permite distinguir entre facultades «buenas» y «malas», «mejores» o «peores»[10]. La calidad de la enseñanza del Derecho en

---

la investigación («research leaves»), o para trabajar en proyectos especiales para la Administración, organizaciones sociales, instituciones internacionales, etc.

[9] He aquí las cifras globales: en las 175 facultades de Derecho acreditadas hay 132.433 estudiantes (la media es de 757 estudiantes por facultad) para unos 6.000 profesores en exclusiva (es decir, unos 35 profesores por facultad y 22 alumnos por profesor). A ello hay que añadir los estudiantes de las escuelas no acreditadas, cuyo número es difícil de calcular. Según Stevens (supra, nota 3, en p. 243) en 1979 habría unos 20.000.

[10] El lector español seguramente ya sabía que en América la «cotización» intelectual y profesional de un título académico depende mucho de la universidad que lo expida, pero quizá no se imagine hasta qué punto es verdaderamente el factor decisivo en una sociedad ferozmente competitiva. Incluso se publican diversos «rankings» ordenando numéricamente las distintas facultades, tras combinar múltiples factores como los que aquí he apuntado. Por supuesto, estas clasificaciones sólo pueden tener un mero valor indicativo, y siempre surgen discrepancias en cuanto al orden *exacto* establecido en las mismas. Pero cabe afirmar que, en líneas generales (tomando por ejemplo «grupos» de facultades cuya situación en el espectro resulta indiscutida al menos en su núcleo, aunque haya divergencias en la zona de penumbra), estos rankings reflejan el sentir generalizado de la comunidad jurídica. No hay, desde luego, una clasificación «oficial» publicada por las autoridades educativas ni por la ABA, que aconseja utilizar esas clasificaciones con mucha cautela. Pero es más que sintomático el hecho de que las distintas clasificaciones «privadas» no difieren sustancialmente entre sí (los factores «intangibles» se evalúan mediante amplias encuestas, sociológicamente fiables, dirigidas a académicos, jueces, abogados, etc.). Quizá la clasificación más divulgada es la que cada año publica el conocido semanario

Estados Unidos ha mejorado mucho en las últimas décadas, y esto vale en general para todos los niveles de la amplia «escala de prestigio» a la que me estoy refiriendo. Los estándares para la admisión de facultades en la Association of American Law Schools cada vez son más estrictos; ha aumentado el prestigio social (y el salario) de los profesores, con una proporción creciente de dedicación exclusiva; las bibliotecas y demás medios materiales también han mejorado... Sin embargo, en términos relativos persisten las fuertes diferencias: en el extremo inferior de la escala sigue habiendo algunas facultades no muy distintas de las precarias escuelas «no acreditadas» antes aludidas, mientras que en el extremo opuesto brilla un grupo de facultades de Derecho de excelente calidad (cuyo número se ha incrementado). Una posible selección de las 15 primeras podría ser la siguiente: Yale, Harvard, Chicago, Stanford, Columbia, Michigan, New York University, Virgina, Duke, Pennsylvania, Georgetown, Berkeley, Cornell, Northwestern y Texas[11].

En lo que resta de mi descripción de la enseñanza del Derecho

---

U.S. News & World Report, aunque se limita a establecer un orden entre sólo las 25 «mejores» facultades de Derecho.

[11] He ordenado esta lista según el ranking establecido por *U.S. News & World Report*. Como ya he apuntado, cualquier otra selección arrojaría resultados parecidos. Por ejemplo, Atiyah y Summers recogen una lista de 13 facultades (diplomáticamente colocadas por orden alfabético), en la que solamente está ausente una, Georgetown (que, de todas formas, ocupa el lugar 11º en la clasificación que yo he recogido).

Probablemente, la principal discrepancia que suscita la clasificación de *U.S. News* se refiere a cuál merece ocupar el primer lugar. La rivalidad entre Harvard y Yale, al estilo de la de Oxford y Cambridge, no sólo viene de antiguo, sino que está hoy tan viva como siempre (emulando a sus mayores, ambas universidades compiten en todo, regatas de remo incluidas). No es por ello sorprendente -y sí algo divertido- escuchar a Robert Clark, Decano de la Facultad de Derecho de Harvard, arengando en tono irritado y completamente en serio a un distinguido público de nuevos licenciados y antiguos alumnos durante la muy solemne ceremonia de clausura del curso 1990-91, en la que tras arremeter contra la citada revista concluyó con un «¡Seguimos siendo el número uno!» que obtuvo los encendidos aplausos que hasta ese momento su discurso no había conseguido arrancar. Desde luego, la opinión más extendida sigue siendo hoy la de que Harvard, en Derecho, es efectivamente el número uno (véase, entre otros, Stevens, Sutherland, Atiyah y Summers, supra, notas 1 y 3). Incluso la propia clasificación de la denostada revista lo reconoce implícitamente: el relativamente novedoso primer lugar de Yale es el resultado final de agregar múltiples factores; en las clasificaciones parciales, según cada factor, Harvard está a la cabeza en tres de los más relevantes: «reputación entre los académicos», «reputación entre abogados y jueces» y «selectividad del alumnado». Pero sobre el liderazgo de Harvard en la enseñanza del Derecho en Estados Unidos volveré más adelante (infra, p. 73).

en Estados Unidos, estaré pensando sobre todo en este tipo de facultades «importantes» o prestigiosas[12]. Y ello no ya porque la gran heterogeneidad del conjunto total de instituciones dedicadas a la enseñanza del Derecho prácticamente me impediría hacer cualquier generalización (mientras que el reducido grupo de las principales facultades de Derecho es mucho más homogéneo), sino porque sencillamente las principales facultades son las que marcan la pauta a la hora de configurar la orientación y el impacto de la enseñanza del Derecho en general.

En este sentido, las facultades de Derecho punteras son en América instituciones verdaderamente poderosas, que ejercen una enorme influencia no sólo sobre las demás facultades, sino en general sobre el propio ordenamiento jurídico (según Atiyah y Summers, «incluso se podría decir que estas facultades dominan [sic] el sistema jurídico del país y su cultura jurídica»), e incluso sobre la vida política y económica de Estados Unidos. Sus estudiantes acaban ocupando lugares clave entre los mejores despachos de abogados, en la judicatura, en la Administración pública, en la actividad industrial y financiera, y en la política (el 40% de los Senadores y Representantes son juristas). Y en muchos casos esos «alumni» continúan manteniendo estrechas relaciones con su universidad durante el resto de su vida profesional. Pero la influencia de las grandes facultades de Derecho en todos estos ámbitos externos a la propia universidad se produce también de forma más directa, proyectándose tanto sobre la Jurisdicción como sobre la Administración y la Legislación.

En primer lugar, los profesores de Derecho gozan de un gran prestigio entre quienes se dedican al ejercicio de la profesión jurídica. Sus opiniones y escritos son tenidos en cuenta y citados con mucha frecuencia por abogados y jueces en todos los niveles. Atiyah y Summers ilustran esta influencia de los académicos sobre la orientación de los jueces recogiendo el ejemplo de un artículo publicado en 1976 en el que se defendía un incremento en la responsabilidad del fabricante por daños derivados de sus productos[13]. En pocos años este artículo fue citado en al menos 20 jurisdicciones estatales, aceptándose sus argumentos, y desde entonces el incremento en las indemnizaciones se ha extendido drásticamente y constituye hoy uno de los principales capítulos

[12] A la lista de las 15 facultades que aquí he nombrado cabría añadir un número aproximadamente igual de facultades que también reunirían las características básicas de lo que podemos llamar el modelo de «las principales facultades de Derecho» de Estados Unidos.

[13] Véase Owen, «Punitive Damages in Products Liability Litigation», 74 *Michigan Law Review* 1257 (1976).

entre las causas de litigios ante los tribunales americanos. En realidad, según estos autores, prácticamente todo el Derecho actual de responsabilidad por productos («Products Liability Law») se ha originado en escritos académicos. El ejemplo utilizado por Atiyah y Summers no es desde luego un caso aislado. Bastaría repasar un puñado de sentencias tomadas al azar para descubrir con qué frecuencia los jueces americanos (y no sólo los tribunales de última instancia) citan y a menudo siguen las ideas propuestas en artículos escritos por profesores de Derecho. Y esto no es en absoluto un fenómeno reciente, sino algo bien arraigado en la cultura jurídica de este país[14]. La influencia de las facultades de Derecho sobre el mundo de la Administración de justicia se produce también directamente por el hecho de que muchos profesores son nombrados jueces[15], o son contratados por eminentes despachos de abogados como asesores o incluso para defender casos ante los más altos tribunales, o son nombrados fiscales (caso del profesor Archibald Cox, protagonista del famoso asunto Watergate como «Special Prosecutor»), o dirigen seminarios y programas de «formación continuada» para jueces y otros profesionales, etc.

Pero la influencia de los profesores de Derecho no se reduce a los análisis dogmático-jurídicos tradicionales orientados a la aplicación del Derecho y dirigidos a jueces y abogados: quizá la característica más peculiar del jurista-académico norteamericano,

---

[14] El ejemplo histórico que primero me viene a la cabeza es el del «derecho a la intimidad», introducido por los tribunales al hacerse eco del artículo «The Right of Privacy» (4 *Harvard Law Review* 193, 1890), publicado por Samuel D. Warren y Louis D. Brandeis en 1890 (veintiséis años antes de que este último se convirtiera en juez del Tribunal Supremo). En Roberson v. Rochester Foiding Box Co., Court of Appeals of New York, 171 N.Y. 538 (1902), la discusión en torno a dicho artículo dividió al tribunal, aunque la mayoría falló en contra del reconocimiento de tal derecho (véase las «opiniones» de los jueces Ch. J. Parker, por la mayoría, y J. Gray, por los disidentes). En 1905 el derecho a la «privacy» se reconoció judicialmente por primera vez (Pavesich v. New England Life Insurance Co., 122 Ga. 190, 50 S.E. 68, 1905). La expansión de este derecho, que culmina con el célebre caso Roe v. Wade, 410 U.S. 113 (1973), en el que se reconoció el derecho al aborto amparado por esa «privacidad», ha estado siempre ligada a su elaboración doctrinal en las facultades de Derecho. Para una rápida visión de los primeros 50 años de esa evolución, véase Hart, Henry; Sacks, Albert, *The Legal Process,* materiales no publicados, 1958.

[15] Como seguramente el lector ya sabe, la carrera judicial en Estados Unidos es bien distinta a la de España: los jueces no son cuasi-funcionarios que acceden por oposición; en América todos los jueces federales son nominados por el Presidente y confirmados por el Senado, mientras que existen diversos mecanismos -elección popular, nominación por el Gobernador, etc.- para la provisión de cargos en los diversos juzgados y tribunales de los distintos Estados.

y con ello pasamos ya al ámbito del Ejecutivo, es su papel de experto en «public policy». Muchas agencias de la Administración pública (tanto federales como estatales), y también grandes empresas y fundaciones públicas o privadas, colegios de abogados, grupos de interés, etc., están continuamente encargando y financiando numerosas investigaciones empíricas en las facultades de Derecho, a menudo con un gran despliegue de medios y llevadas a cabo por equipos interdisciplinares de juristas, economistas, científicos y tecnólogos, sociólogos, etc., o bien simplemente se trata de consultas, dictámenes o estudios encargados a profesores de Derecho individuales. Muchos de estos profesores son auténticos especialistas en «políticas sectoriales» relativas a problemas como el medio ambiente, atención médica, energía nuclear, arbitraje privado, defensa y relaciones internacionales, vivienda y urbanismo, mercados financieros, relaciones laborales, terrorismo, etc. La enseñanza y la investigación de cuestiones de «policy» como éstas se aborda desde una perspectiva mucho más amplia (incluyendo aspectos económicos, sociológicos, científicos, etc.) que la del análisis técnico-jurídico de las tradicionales ramas del Derecho. En suma, la distinción entre juristas y «policy-makers» está mucho más difuminada en Estados Unidos que en España, y los profesores de Derecho juegan un papel más que relevante como asesores en la formulación de políticas públicas, incluso en los más altos niveles de la Administración federal[16]. Es muy frecuente que estos profesores de Derecho sean incluso llamados para ejercer temporalmente importantes cargos en la Administración, fenómeno que es ya toda una tradición en Estados Unidos (quizá los casos históricamente más llamativos sean los «éxodos» de profesores de Yale y Columbia -entre ellos, conocidos nombres del movimiento realista- para trabajar en la Administración Roosevelt, o el de buena parte del claustro de Harvard Law School trabajando para la Administración Kennedy)[17].

[16] Atiyah y Summers llegan a afirmar que «probablemente la calidad de los profesores de Derecho de las principales facultades de Derecho americanas es significativamente mejor que la calidad de los funcionarios públicos americanos, incluso en el nivel federal, y ciertamente en el nivel estatal. Por lo tanto -continúan estos autores-, pocos legisladores o administradores americanos partirían de la presunción básica de que las políticas diseñadas por sus funcionarios serán más sensatas que las formulaciones alternativas emanadas de profesores de Derecho solventes» (op. cit., nota 1, en p. 400).

[17] En la actualidad, cargos como el de «Solicitor General» o el de director de la División «anti-trust» del Departamento de Justicia son normalmente asignados a profesores de Derecho (véase Atiyah y Summers, op. cit., supra nota 1, en p. 401).

Por último (aunque no menos importante) hay que señalar que la influencia de las principales facultades de Derecho alcanza también al Legislativo. No sólo la Administración, sino también el Congreso, y los órganos legislativos de los Estados, acuden al asesoramiento de los más prestigiosos profesores de Derecho. Estos participan en la gestación de reformas legislativas (a menudo a través de instituciones como el American Law Institute)[18], y en los últimos tiempos han influido notablemente en lo que casi se puede calificar como proceso codificador en Derecho privado, con la elaboración de leyes uniformes para todos los Estados en Derecho mercantil general (Uniform Commercial Code[19]) o en materia concursal (Federal Bankruptcy Code), por citar un par de ejemplos.

En resumen, las facultades de Derecho americanas son, utilizando las palabras de Atiyah y Summers, «una de las fuerzas institucionales que compiten por ejercer influencia sobre el orden jurídico en su conjunto. Estas fuerzas incluyen, en particular, la judicatura, la abogacía, las ramas legislativas y ejecutiva del Gobierno, y las principales facultades de Derecho»[20]. Atiyah y Sum-

[18] Nacido en 1923 por iniciativa de la AALS, el American Law Institute es un «centro, de juristas para el mejoramiento del Derecho», con unos 1.800 miembros (fundamentalmente profesores de Derecho). Su objetivo principal es «la clarificación y simplificación del Derecho americano luchando contra su incerteza, su complejidad y su falta de uniformidad. Su labor más destacada ha sido y sigue siendo la elaboración de los «Restatements» (enciclopédicas sistematizaciones del «case law» y sus principios en diversos sectores del ordenamiento, aunque formalmente carecen de carácter oficial) y su participación, junto a la National Conference of Commissioners on Uniform State Laws (donde también hay una importante presencia de académicos), en la redacción de diversas «Leyes Uniformes» o códigos posteriormente adoptados por los legisladores de muchos Estados (p. ej.: Model Penal Code, Uniform Rules of Criminal Procedure, Uniform Rules of Evidence, Uniform Commercial Code, Uniform Partnership Act, Federal Securities Code, etc.). En un país donde, además del sistema federal, existen cincuenta órganos legislativos y otras tantas estructuras jurisdiccionales produciendo continuamente decenas de miles de precedentes y de leyes escritas, cuyo manejo mantiene bien ocupados a los abogados, se entiende que sean los juristas académicos quienes adquieren el protagonismo en la tarea de unificar y poner orden en esa masa de materiales jurídicos.

[19] Por el protagonismo de Llewellyn en su elaboración, este código -hoy vigente en todos los Estados excepto en Lousiana, que recientemente lo ha adoptado de forma parcial- ha recibido los sobrenombres de «Hewellyn's Code», «Lex Llewellyn» o «Karl's Kode», aunque en realidad en dicha elaboración participaron cientos de juristas, entre ellos muchísimos profesores de Derecho. (Véase Twining, William, *Karl Llewellyn and the Realist Movement,* University of Oklahoma Press, 1973, pp. 574, esp. caps. 11 y 12).

[20] Estos autores hablan además de «una especie de interacción positiva» entre las facultades de Derecho y estas otras instituciones, que produce algo así

mers llegan a decir poco después que, en este sentido, «las principales facultades de Derecho son las más importantes» de entre dichas instituciones[21], lo cual a mí me parece ya una exageración. No obstante, estos autores tienen razón al destacar un rasgo de las grandes facultades de Derecho que las sitúa en una posición de ventaja en esa «competencia» con otras instituciones: estas facultades, son «verdaderas instituciones nacionales en un país que (aparte del Gobierno federal y de la gran industria) tiene pocas instituciones verdaderamente nacionales». La diversidad y la dispersión geográfica de la judicatura, de la abogacía, o de los órganos ejecutivos y legislativos de los Estados, hacen difícil hablar de una cultura jurídica común a todo el país centrada en estas instituciones. Esa cultura jurídica común, si es que existe, irradia sobre todo de las principales facultades de Derecho, que son mucho más homogéneas.

Ya hemos visto en qué sentido las facultades de Derecho más prestigiosas de Estados Unidos son realmente «importantes». A continuación debo completar el perfil de este modelo de «las principales facultades de Derecho», haciendo hincapié en los rasgos de las mismas que más pueden llamar la atención al lector español. Para ello puedo comenzar aplicándoles las categorías clasificatorias que introduje al principio: se trata de instituciones universitarias (aprobadas por la ABA y por la AALS[22]) generalmente privadas (con numerosas y destacadas excepciones)[23], nacionales (en el sentido ya visto), y de tamaño grande o mediano (para los estándares americanos). Institucionalmente gozan de una gran autonomía incluso dentro de sus propias universidades: elaboran sus propios presupuestos; contratan a su propio personal de administración y servicios; deciden la creación y la provisión de plazas de profesorado (sujeta formalmente a la aprobación del Presidente o de la Junta Directiva de la universidad) y fijan sus salarios; establecen autónomamente el plan de estudios, los criterios de

---

como un «efecto multiplicador», incrementándose la influencia de las facultades de Derecho. La idea resulta obvia: cuando un tribunal o un órgano legislativo siguen las ideas de un profesor, crece el prestigio de éste, lo cual a su vez anima a otros jueces o legisladores a prestar atención a los escritos de dicho académico.

[21] Op. cit., supra nota 1, en p. 407.

[22] Hay que advertir que no todas las facultades «acreditadas» por la ABA han sido «admitidas» como miembros de la AALS: esta última tiene 156 miembros, lo que representa aproximadamente el 90% de las facultades acreditadas por la ABA (que son 175).

[23] Véase supra, p. 45. A los casos de prestigiosas facultades de Derecho públicas mencionadas en ese lugar podría añadir ahora otros ejemplos, como Texas (Austin), U.C.L.A., Iowa (Iowa City), Wisconsin (Madison), Minnesota (Twin Cities) o North Carolina (Chapel Hill).

admisión de estudiantes, las tasas de matrícula, el calendario escolar, etc. Aparte de este grado de autonomía, mayor que en España, los dos rasgos institucionales de las facultades de Derecho americanas que a mí me parecen más relevantes son su organización interna sin divisiones departamentales y su carácter de «Escuela de Postgrado» («Graduate School»). El primer dato se refiere sobre todo a la organización del claustro de profesores (a su formación y especialización, a sus formas de investigar y a su curriculum docente), mientras que el segundo atañe más directamente a la composición del alumnado. Continuaré por tanto mi exposición distinguiendo entre ambos colectivos, profesores y estudiantes.

b) Los profesores

En cuanto a los profesores, a lo ya dicho hasta ahora debo añadir algunos datos que sirvan de información complementaria. En su gran mayoría su dedicación a la universidad es a tiempo completo: su trabajo de asesoramiento o de investigación destinada a entidades públicas o privadas al que antes me he referido suele realizarse en atención a encargos concretos, y no es tan frecuente que el profesor de Derecho tenga abierto un despacho profesional permanente al que dedica la mitad de su jornada de trabajo habitual. Esto no quiere decir que carezcan de experiencia en el ejercicio de la profesión: al igual que los jueces, los profesores de Derecho norteamericanos suelen ser reclutados entre profesionales en ejercicio, y en el momento de su nombramiento muchos cuentan ya con varios años de experiencia como abogados, ayudantes de jueces o fiscales, asesores de empresas privadas, organizaciones sociales o agencias de la Administración, etc. (a diferencia de lo que suele suceder en España, un joven licenciado en Derecho casi nunca tiene posibilidades de iniciar la carrera académica sin haber pasado antes por un período, aunque no sea muy largo, de experiencia profesional fuera de la universidad). El grado de doctor no es un requisito formal, y de hecho muchísimos profesores no han pasado por los cursos de doctorado y la tesis en una facultad de Derecho[24]. El nombramiento o contratación de nuevos

[24] Esto se explica por el carácter de estudios de postgrado que la carrera de Derecho posee por sí misma (véase infra, p. 62), de manera que el título que se expide a todos los estudiantes que concluyen los tres años de carrera (lo que para nosotros sería la licenciatura) es ya el de doctor en Derecho (J.D., Juris Doctor). Los estudios pueden continuar con un Master (LL.M., Master of Laws) de uno o dos años, que suele incluir un trabajo final similar a una tesina, e incluso con

profesores, en todas las categorías, se decide por mayoría cualificada (normalmente, dos tercios) en el seno de un comité de catedráticos presidido por el Decano («Appointments Committee»). Formalmente, el Rector o Presidente de la universidad suele tener la última palabra, pero resulta absolutamente excepcional que interponga su veto a un nombramiento aprobado por dicho comité. Aunque se trate de universidades privadas, una vez que se confiere posesión o «tenure» a un profesor, su inamovilidad en la plaza se aproxima a la del profesor numerario que se convierte en funcionario en la universidad pública española. Por lo demás, los mecanismos y criterios para la contratación y ascenso de profesores en las facultades de Derecho públicas americanas no difieren sustancialmente de los de las privadas. Estos mecanismos se asemejan bastante a los propios de empresas privadas que compiten por los mejores «fichajes» en un libre mercado de cerebros. Por ejemplo, no se ofrece el mismo sueldo a todos los profesores. Las facultades de Derecho deciden autónomamente el establecimiento de una escala de salarios, con un «diferencial profesional» que permite a las «Graduate Schools» profesionales (como Derecho, Medicina o Empresariales) ofrecer salarios superiores a los del resto de Departamentos de su propia universidad. Dentro de esta escala, la facultad puede ofrecer mejores salarios a aquellos académicos más destacados que se desea atraer desde otras universidades (o desde otras profesiones jurídicas) o retener en la propia. Ello contribuye a acentuar las diferencias de calidad y prestigio entre las distintas facultades de Derecho, y a que en las mejores los sueldos de los profesores a veces sean incluso competitivos con los que podrían disfrutar en muchos otros puestos del sector público o privado (exceptuando, por supuesto, a los abogados de las grandes empresas y a los «partners» o socios-empresarios de las «megafirmas» de abogados)[25].

---

lo que en España llamaríamos doctorado (S.J.D., Scientia Juris Doctor), titulación que no todas las facultades ofrecen, y que en general sólo buscan -y, como digo, no siempre- quienes pretenden seguir la carrera académica. En América estos estudios, equivalentes a nuestro tercer ciclo, están diseñados de manera inversa a la de nuestro país: se da mucha más importancia que en España a los cursos de doctorado, en los que se ha de trabajar a fondo durante dos años, mientras que la tesis doctoral propiamente dicha suele ser bastante menos extensa que en España, y a ella no se dedican tantos años.

[25] El sueldo de un profesor de mediana edad en una facultad prestigiosa supera fácilmente los 100.000 dólares anuales. En cuanto a las rentas que se pueden alcanzar en otras profesiones jurídicas en Estados Unidos, en lugar de aburrir al lector con más cifras y estadísticas le remitiré a los estudios que publica regularmente la revista *Student Lawyer,* editada por la ABA, donde se

Pero el dato relativo al colectivo de profesores que más debo destacar -lo he anunciado ya- es el hecho de que las facultades de Derecho americanas no están estructuradas en Departamentos o Áreas de Conocimiento. No hay por lo tanto, al menos formalmente, profesores «de Derecho Penal», «de Derecho Administrativo», «de Derecho Mercantil», etc. Todos son «Professor *of Law*» (o «Associate Professor of Law», o «Assistant Professor of Law», de más a menos en la jerarquía del profesorado). Cada uno (con sus correspondientes ayudantes, «research assistants», «teaching assistants» y secretario administrativo) funciona como una «unidad» docente e investigadora independiente, que puede colaborar directamente en proyectos concretos con cualquier otro profesor de la facultad sin que medie (para bien o para mal) esa estructura intermedia que es el Departamento. Y es que en Estados Unidos no se conoce la división del Derecho (y de su enseñanza e investigación) por «ramas», con sus correspondientes Departamentos o Áreas, en el sentido tan acentuado que tradicionalmente ha compartimentado nuestra cultura jurídica. Esto no quiere decir, por supuesto, que el profesor de Derecho norteamericano domine por igual todo el ordenamiento jurídico sin necesidad de especializarse en algún sector del mismo. Pero la especialización es mucho más abierta y flexible. Ciertamente, existe un buen número de profesores a los que cabe encasillar como «penalistas», «constitucionalistas», etc.[26] (sin que estas categorías tengan significado alguno a efectos administrativos), e incluso una cierta institucionalización de algunos gremios de especialistas en una rama del Derecho, al modo de nuestras «Asociación(es) Nacional(es) de Derecho X»[27]. Pero normalmente un profesor de Derecho americano muestra simultáneamente no uno sino varios (a veces tres o cuatro) «centros de interés» en su actividad docente e investigadora, que además en muchos casos van cambiando a lo largo de su vida profesional. Estos centros de interés muchas veces no se corresponden sino que cruzan a través de las líneas divisorias entre las ramas del Derecho que nosotros conocemos, a menudo tienen un ámbito más reducido que el de esas amplias ramas o sectores, y en no pocos casos sus contenidos apenas guardan relación entre sí.

---

ofrecen datos comparados de los sueldos que reciben los licenciados en Derecho en sus diversas salidas profesionales.

[26] En Harvard, por ejemplo, Von Mehren es un especialista en Derecho Internacional y Derecho Comparado, Alan Dershowitz es un penalista, Morton Horwitz un historiador del Derecho, Laurence Tribe un constitucionalista...

[27] Por ejemplo, la «American Society of International Law», la «American Society for Legal History», la «American Society for Political and Legal Philosophy», o la «International Association of Penal Law-American Section».

Bruce Ackerman, por ejemplo, imparte cursos sobre *«Jurisprudence»* y sobre «Derecho Constitucional», pero también ha impartido recientemente cursos sobre «Derecho del medio ambiente» y sobre «Propiedad inmobiliaria»; Owen Fiss enseña «Derecho Procesal Civil», «Derecho Constitucional», «Propiedad inmobiliaria» y «Sociología del Derecho», y ha enseñado además *«Equity»,* «Derechos Civiles» y «Burocracia». En suma, tanto respecto de la especialización del profesorado como del curriculum de cursos que constituye su docencia, conviene hablar más bien de «temas» o «instituciones jurídicas» que de «ramas del Derecho».

La inexistencia de Departamentos y la relativa difuminación de las fronteras entre ramas del Derecho tiene consecuencias importantes. Por un lado, tiene la ventaja de evitar la incomunicación entre gremios y Departamentos que se da en universidades como la española, donde se echa en falta una mayor colaboración interdisciplinar incluso en el seno mismo de las facultades de Derecho. Pero también es cierto que algunos Departamentos de las facultades españolas -en un número menor de lo que sería deseable- llegan a funcionar realmente como un equipo estrechamente compenetrado a la hora de organizar su docencia y de desarrollar líneas comunes de investigación, mientras que en Estados Unidos es difícil ver esos equipos relativamente numerosos trabajando eficientemente en un mismo campo del Derecho.

Pero lo que más me interesa aquí es señalar el alcance de la forma americana de organizar el estudio académico del Derecho a la hora de entender y valorar el carácter de la filosofía jurídica en aquel país. Es difícil hablar en Estados Unidos de un gremio de filósofos del Derecho «profesionales» como existe en España, dedicados en exclusiva a ese tipo de reflexión teórica acerca del fenómeno jurídico. Normalmente, quienes allí cultivan la filosofía o la teoría del Derecho siguen viéndose a sí mismos ante todo como «juristas» dedicados al Derecho positivo, que investigan y enseñan Derecho de Contratos, Derecho Constitucional, Derecho del Trabajo, etc., y que procuran además practicar la teoría jurídica pero no «por sí misma», sino directamente orientada al análisis de normas e instituciones concretas del Derecho americano. Es cierto que una parte significativa de la producción científica de estos académicos puede considerarse, utilizando nuestras categorías, como literatura filosófico-jurídica «propiamente dicha». Pero la parte cuantitativamente mayor, y quizá cualitativamente de superior calidad e interés, de esa producción consiste en trabajos que, al menos por razón de la materia, nosotros consideraríamos más bien «de juristas», a quienes los filósofos del Derecho españoles suelen referirse en tercera persona, como recalcando que su propia

labor es de una naturaleza bien distinta: el filósofo del Derecho «reflexiona» acerca del trabajo del jurista, pero no lo «practica». La filosofía del Derecho norteamericana, en cambio, es sobre todo una filosofía del Derecho «aplicada» o, parafraseando una conocida distinción paralela, una «filosofía *en* el Derecho» (o «filosofía del Derecho de los juristas») más que una «filosofía *del* Derecho» (o «filosofía del Derecho de los filósofos», o mejor dicho, «de los filósofos del Derecho»)[28].

[28] Me refiero a la distinción entre «sociología *del* Derecho» (o «sociología del Derecho de los sociólogos») y «sociología *en* el Derecho» (o «sociología del Derecho de los juristas»), introducida por Henry C. Bredemeier («Law as an Integrative Mechanism», en EVAN, William M., ed., *Law and Sociology,* New York, 1962) y difundida entre nosotros por Renato Treves. Véase Treves, Renato, «Tre Concezioni e una proposta» y «Considerazioni conclusive», abriendo y cerrando el debate en torno al status científico y académico de la sociología jurídica en Italia publicado en *Sociologia del Diritto,* 1974, Nos. I y II. Parte de dicho debate, aunque referido a la sociología del Derecho, presenta en mi opinión un claro paralelismo con el punto que estoy tratando aquí. Sobre la defensa, frente a Treves, de la «sociología en el Derecho», véase el artículo de Giovanni Tarello en ese mismo debate (Tarello, Giovanni, «La sociologia nella giurisprudenza», *Sociologia del Diritto,* I, 1974, pp. 40-5l).

Por otra parte, como también es sabido, la distinción entre «filosofía del Derecho de los filósofos» y «filosofía del Derecho de los juristas» fue introducida por Bobbio en un artículo publicado precisamente en el mismo año que el de Bredemeier (Bobbio, Norberto, «Nature et fonction de la philosophie du droit», *Archives de philosophie du droit,* n. 7, 1962, pp. 1-11; cito por la traducción castellana recogida en Bobbio, Norberto, *Contribución a la Teoría del Derecho,* ed. a cargo de A. Ruiz Miguel, Fernando Torres Editor, Valencia, 1980, en pp.91-101). En ese lugar, Bobbio ya aludía a esta idea, aunque referida a «la tradición inglesa», cuando dice que «la diferencia entre filosofía del Derecho de los filósofos y filosofía del Derecho de los juristas es allí menos tajante». No obstante, la distinción que Bobbio está trazando en este trabajo es más bien una distinción digamos «previa», que no coincide exactamente con la que yo quiero señalar aquí. Bobbio está pensando sobre todo en el contraste entre, por un lado, lo que él llama una filosofía del Derecho como «filosofía aplicada», en el sentido de determinadas orientaciones de la «filosofía general» que el «filósofo» a secas, sin ser jurista, aplica como «inspiración y guía» para abordar dos problemas generales del Derecho y de la justicia»; y, por otro lado, una filosofía del Derecho practicada «por juristas que se elevan a la filosofía» y no por «filósofos que se rebajan hasta el mundo del Derecho» («juristas-filósofos» y no «filósofos-juristas»). En suma, lo que Bobbio reivindica es que los filósofos del Derecho sean juristas y no simplemente «filósofos puros» preocupados por el Derecho (y cita como ejemplos, entre los «juristas», a Ihering, Santi Romano, Ehrlich, Kelsen, Ross o Hart, frente a «filósofos» como Adolf Lasson o Giovanni Gentile). En este sentido, me parece claro que la filosofía del Derecho practicada en España es casi exclusivamente una filosofía del Derecho «de los juristas»: dejando aparte nuestra convivencia con «los éticos» en una misma «Área de Conocimiento» (en lo que no voy a entrar ahora), los filósofos del Derecho españoles somos casi todos juristas y enseñamos en las facultades de Derecho

Yo creo que lo anterior resulta esencial para poder valorar en su justa medida el trabajo de estos «filósofos del Derecho» americanos, sin exigirles más de lo que quieren y pretenden ser. Un tipo de crítica general bastante habitual contra la teoría jurídica norteamericana, esgrimida sobre todo por filósofos del Derecho europeos, consiste en señalar su escasa formación filosófica y / o filosófico-jurídica, la forma simplificada o insuficientemente sofisticada con que manejan conceptos o teorías que son moneda común en la teoría del Derecho contemporánea, el «no haber leído (o haberlo hecho de manera superficial) a...» o el «eso ya lo dijo X hace muchos años». Seguramente es cierto que muchos de ellos no conocen suficientemente a autores como Kelsen, Ross, Bobbio o incluso Hart, o no han analizado su obra con la misma profundidad con que se ha hecho en Europa. Pero también es cierto que ellos, desde una actitud más pragmática, consiguen acceder mejor a un auditorio de juristas más amplio (tanto dogmáticos del Derecho positivo en las universidades como abogados, jueces y demás protagonistas del funcionamiento del Derecho «en acción»), algo que al menos debería hacernos reflexionar sobre las limitaciones prácticas de nuestra situación de «superioridad intelectual»[29].

(aunque es cierto que todavía algunos lo olvidan y se dedican a la filosofía sin apellidos, abandonando incluso la reflexión más general acerca del Derecho). Ocurre que, siendo juristas, cultivamos una filosofía del Derecho que, aunque no sea simplemente una filosofía general aplicada al Derecho, sigue estando demasiado alejada del trabajo práctico de los juristas del Derecho positivo que manejan códigos y sentencias. Bobbio enfatiza el contraste entre «filósofos», por un lado, y «juristas» que son «filósofos del Derecho», por otro. Yo me estoy refiriendo en cambio al contraste entre estos últimos y los dogmáticos o prácticos del Derecho. Cuando reivindico el término «aplicada», no me refiero a la filosofía general aplicada al fenómeno jurídico globalmente considerado, sino a la filosofía del Derecho aplicada al Derecho positivo.

[29] Yo creo que, efectivamente, uno de los principales problemas de la teoría del Derecho en países como el nuestro es precisamente esa escasa influencia que los filósofos del Derecho ejercemos sobre los juristas. Me temo que, en general, los dogmáticos del Derecho conocen muy poco del trabajo de los filósofos del Derecho, por no hablar de jueces y abogados. Y a ello contribuye sin duda, y en muy buena medida, la rigidez de la división de las facultades de Derecho en Arcas de Conocimiento (y del plan de estudios en «asignaturas»). Los americanos lo tienen más fácil, ya que esa rigidez no existe. Pero los obstáculos institucionales no deberían servirnos de excusa para dejar de intentar un cambio de actitud, orientando el discurso filosófico-jurídico en un sentido más próximo a los problemas que preocupan a los juristas. Hay que reconocer que practicar una «filosofía en el Derecho» verdaderamente «aplicada» a cuestiones concretas del Derecho positivo es una de las tareas más difíciles que puede plantearse un filósofo del Derecho, pero quizá sea de las más interesantes, también intelectualmente, y desde luego tendría un valor práctico mucho mayor. Yo no creo que esa

A pesar de sus carencias filosóficas, creo que al menos se debe reconocer a muchos académicos americanos el mérito de tratarse de juristas prácticos interesados en introducir instrumentos tomados de la teoría del Derecho, la filosofía, la teoría social (y también la economía, la sociología, la crítica literaria), etc., en sus estudios jurídicos. Algo que no se puede decir que hagan con frecuencia nuestros civilistas, administrativistas, laboralistas, etc. Y aunque fuera cierto que el nivel filosófico-jurídico de aquéllos es más pobre que el de los filósofos del Derecho europeos, la comparación más justa habría que establecerla no con esos especialistas dedicados en exclusiva a la reflexión teórico-jurídica, sino con los dogmáticos de las distintas ramas del Derecho positivo. En esta otra comparación, el grado de formación teórica de los juristas norteamericanos seguramente sale mucho mejor parado. Reprochar a los americanos por no dominar a fondo la teoría del Derecho de Hart puede ser una acusación tan (im)pertinente como la de echar en cara a un filósofo del Derecho español su relativa ignorancia del Estatuto de los Trabajadores, de la dogmática jurídico-laboral y de la jurisprudencia de nuestro Tribunal Central de Trabajo. Trabajos como el de Karl Mare -por seguir con el ejemplo del Derecho laboral- sobre la National Labor Relations Act[30] es un ejemplo más que digno de cómo es posible combatir el divorcio entre la teoría o la filosofía del Derecho y los análisis dogmático-

tarea obligue necesariamente a rebajar el nivel del discurso filosófico-jurídico, aunque en ocasiones ése sea un precio que quizá se deba estar dispuesto a pagar, hasta cierto punto, si se quiere acceder a (e influir en) un público de juristas apenas iniciado en las complejidades de dicho discurso. Y, en todo caso, nunca impediría continuar practicando, además, la filosofía del Derecho para filósofos del Derecho -que sin duda tiene valor por sí misma- al estilo en que se viene desarrollando hasta ahora.

Alguien podría decir que la orientación aquí defendida ya viene siendo practicada por los filósofos del Derecho europeos, y ciertamente así es en el caso de algunas obras (por lo demás, más bien «periféricas») de los «grandes», como Kelsen o Hart. Pero yo creo que, al menos en nuestro país, ese enfoque sigue siendo la excepción más que la regla, y que la preocupación de los filósofos del Derecho por conocer y discutir a fondo la regulación positiva y la elaboración doctrinal de (al menos algunas) instituciones concretas del Derecho positivo, para arrojar algo de luz sobre ellas desde la filosofía del Derecho, no va en general más allá de publicar manifiestos pidiendo que se aborde esta tarea (sin que el propio autor predique con el ejemplo) o de pretender cubrir el expediente buscando casi al azar algunas normas o sentencias que ilustren a modo de ejemplo sus discursos teóricos.

[30] Klare, Karl, «Judicial Deradicalization of the Wagner Act and the Origins of Modern Legal Consciousness, 1937-1941», 62 *Minnesota Law Review* 265 (1978); véase también Klare, Karl, «Critical Theory and Labor Relations Law», en Kairys, David (ed.), *The Politics of Law,* 2nd ed., Pantheon Books, New York, 1990, pp. 61-89.

jurídicos, y de que merece la pena tomarse en serio los esfuerzos de algunos americanos en esta dirección, aunque a veces no estén al corriente de la última interpretación publicada en Italia sobre el sentido de la norma básica en el Kelsen de 1960.

c) Los estudiantes

En cuanto al colectivo de los estudiantes, ya he señalado, en cifras globales, su reducido número en comparación con países como el nuestro, y la excelente ratio entre la cifra de estudiantes y la de profesores. Las formidables ventajas de la enseñanza en seminarios y grupos reducidos se consigue, al menos en parte, pagando el precio de una fortísima selectividad, tanto económica como académica.

Solamente la matrícula en cualquiera de las 25 principales facultades de Derecho americanas supone alrededor de un millón y medio de pesetas al año[31]. Si a ello se añaden gastos de alojamiento y manutención[32], seguro médico[33], libros, etc., estudiar Derecho en Estados Unidos representa una inversión total (sumando los tres años de carrera) de al menos 8 millones de pesetas[34], y eso llevando una vida austera de estudiante y sin pensar mucho en los gastos acumulados durante los cuatro años previos de «College»[35], cuyos costes anuales son parecidos y que probablemente no se han terminado de pagar y arrastran sus correspondientes intereses. La reacción inicial de un estudiante español ante

[31] Y no estoy hablando sólo de Harvard o Yale. En realidad, las diferencias en cuanto a los costes de matrícula entre las facultades de superélite y otras que no lo son tanto apenas es significativa. Sí lo es la diferencia entre las públicas y las privadas, aunque no siempre (Michigan, por ejemplo, cuesta más que Harvard) y quizá no tanto como uno podría imaginar (entre este grupo de 25 facultades, las públicas cuestan entre 8,000 y 10.000 dólares, cantidad sensiblemente inferior pero todavía respetable).

[32] La gran mayoría de estudiantes viven fuera del hogar familiar, a menudo a cientos o miles de kilómetros de distancia.

[33] Como probablemente sabe el lector, el sistema de sanidad en Estados Unidos -una de sus principales asignaturas pendientes, sobre la que existe hoy un vivo debate- está fundamentalmente en manos privadas, y pasar una temporada en un hospital sin estar cubierto por un costoso seguro privado puede significar literalmente la ruina para una familia de clase media (sólo la cama de hospital cuesta cerca de 100.000 pesetas por noche).

[34] Según el catálogo informativo de Harvard Law School para el curso 1991-92, el «presupuesto estándar» que debe estimar un estudiante soltero para los nueve meses del curso académico asciende a 28.135 dólares.

[35] Sobre el sistema de «College», previo al ingreso en la «Gradute School», véase infra, p. 62 y ss.

estas cifras supongo que será la de pensar que en América hay que ser millonario para empezar a plantearse la posibilidad de estudiar Derecho. Desde luego, estos precios de la universidad americana representan por sí solos una barrera insalvable para grandes masas de la población, y contribuyen de manera importante a las escandalosas desigualdades sociales que padece este país[36]. Pero eso no quiere decir que no existan en Estados Unidos mecanismos a través de los cuales muchos estudiantes de clase media e incluso baja consiguen superar esta selectividad económica[37]. La universidad americana es sin duda mucho más elitista económicamente que la española, pero quizá no tanto como las cifras de los costes de matrícula pueden llevar a pensar. Además de un complejo sistema de becas públicas y sobre todo privadas (incluidas las de las propias universidades), muchas de las cuales están basadas en criterios fundamentalmente económicos (no siempre hay que ser un genio, además de carecer de recursos, para conseguirlas), o del hecho de que los estudiantes siempre encuentran trabajo a tiempo parcial o durante el verano, ofrecido por la propia universidad o por algún despacho de abogados, sin duda el mecanismo más utilizado es el de los créditos personales proporcionados por la misma universidad o por entidades privadas, a un precio a veces ligeramente inferior (sólo ligeramente, dos o tres puntos) al ordinario del mercado. Muchas familias abren un fondo en su banco para financiar los futuros estudios universitarios de sus hijos cuando éstos todavía están tomando el biberón, pero cualquier estudiante puede también conseguir fácilmente un crédito presentando en el banco la carta de admisión a una facultad de Derecho, al menos si esa facultad es una de las 20 ó 30 más cotizadas. Una carta de admisión firmada por el Decano de la facultad de Derecho de Stanford o de Columbia representa dinero en efectivo, por la sencilla razón de que el banco sabe que en sólo tres años el

[36] El típico contraargumento que suele esgrimirse en el debate acerca de la comparación entre el sistema americano y el modelo europeo de universidad pública (además de las ventajas de una universidad no masificada) es el de que en países como España todos los contribuyentes, incluidos los de rentas más bajas, están financiando la educación universitaria de un privilegiado sector de estudiantes mayoritariamente de clase media o media-alta que en muchísimos casos podrían sufragar el coste real de esa enseñanza (en España las tasas de matrícula sólo cubren aproximadamente el 20% de esos costes reales). Pero este trabajo no es el lugar para entrar en ese debate.

[37] Téngase en cuenta además que los precios de matrícula aquí señalados corresponden al grupo de las universidades más importantes: una vez que salimos de este grupo (dentro del cual, como he dicho, no existen diferencias sustanciales), los costes se van reduciendo a medida que descendemos en el ranking de universidades.

«tenedor» de ese «título-valor» estará ya ganando más de ocho millones de pesetas como sueldo inicial en una de las principales «Law firms» del país (con la perspectiva además de captar para el futuro a uno de sus mejores posibles clientes individuales). Y es que en Estados Unidos estudiar Derecho en una buena facultad se enfoca muchas veces como una inversión económica, costosa pero segura. La selectividad económica de las principales facultades se convierte así en un arma de doble filo para quien consigue acceder a ellas: por un lado, supone un sacrificio económico enorme, una hipoteca que no se termina de amortizar hasta bien entrada la vida profesional (a veces, más de 10 años); pero por otro lado, en la medida en que contribuye a reducir el número de estudiantes, contribuye también a aumentar su cotización en el mercado de trabajo una vez finalizados los estudios[38]. El sueldo inicial de unos ocho millones como «asociado» en un buen despacho colectivo se convierte en más de diez millones al cabo de cinco años, y si el joven abogado asalariado llega a convertirse en socio-empresario («partner») de esa «Law firm», sus ingresos pueden superar los treinta millones de pesetas anuales[39].

La selectividad económica, siendo un factor importantísimo, no llega a ser tan decisivo como la selectividad académica: al fin y al cabo, de poco sirven los recursos económicos si no se satisfacen los durísimos criterios académicos exigidos para la admisión en una buena facultad de Derecho, y a la inversa, quien satisface esos criterios puede encontrar con relativa facilidad la forma de financiar sus estudios.

Para empezar, todos los estudiantes de Derecho deben haber cursado previamente una carrera universitaria de cuatro años. En Estados Unidos, las facultades de Derecho son escuelas de postgrado («Graduate Schools»), al igual que un reducido número de otras «escuelas profesionales», básicamente Medicina, Empresariales («Business School») y algunas otras escuelas técnicas. El sistema es el siguiente: tras concluir el bachillerato («High School») a los 17 ó 18 años, el estudiante americano debe conseguir la

[38] Gerald Lee Wilson expresa así el dilema económico al que se enfrenta el futuro estudiante de Derecho: «Dado que estudiar Derecho es caro, la pregunta "¿puedo realmente permitirme ir a la facultad X?" resulta fundamental. Pero dado que estudiar Derecho es una inversión, la pregunta "¿puedo permitirme *no* ir a la facultad X?" también debe ser considerada (Wilson, Gerald Lee, «Selecting a Law School», en Gillers, Stephen, ed., op. cit., nota 3, en p. 24).

[39] Estos datos están extraídos de *The Official Guide to U.S. Law Schools,* op. cit., nota 3. Hay que tener en cuenta además que en Estados Unidos los impuestos son más bajos que en España, y el coste de la vida es similar o incluso inferior al de España.

admisión en el «College» de una universidad (la admisión se determina fundamentalmente en base al expediente académico y a un examen especial de selectividad[40]), donde tras cuatro años obtendrá el título de «Bachelor», *aproximadamente* equivalente a nuestra licenciatura universitaria. Subrayo «aproximadamente» porque el sistema es bastante distinto al de España. Por un lado, en el College no se elige exactamente una «carrera» como un todo, con un plan de estudios propio y que se cursa en una facultad independiente de las demás. El College es un único centro, dividido en Departamentos, que ofrece un amplísimo abanico de cursos de ciencias, humanidades, disciplinas sociales, técnicas, etc., entre los cuales cada estudiante escoge los que le interesen para construir su propio curriculum, y todos obtienen la misma titulación (en ciencias sociales y humanidades, B.A., «Bachelor of Arts», y en ciencias, B.S., «Bachelor of Sciences»). Esto no quiere decir tampoco que los estudios constituyan un «potpourrí» caótico de cursos a gusto del consumidor. El curriculum se suele estructurar según su orientación o perfil, de forma más flexible que nuestras carreras; cada estudiante puede elegir un «major» y un «minor», es decir, unos cursos básicos sobre un campo amplio del saber y otros cursos más especializados en una determinada dirección. Por otro lado, la cotización académica, social y económica de los estudios de College es quizá algo menor que la de nuestras carreras universitarias. Solamente con una titulación a nivel de College no resulta fácil encontrar un trabajo especializado con una buena remuneración, y son cada vez más los estudiantes «graduados» que deben continuar sus estudios en busca de un Master o un doctorado (o ir a una «Graduate School» profesional) que incremente sus perspectivas profesionales (mientras que en España los estudios de tercer ciclo casi siempre interesan sólo a quienes desean iniciar la carrera docente en la universidad). Esto es así en parte debido a que los estudios de College no son de un gran nivel, al menos comparados con los estudios universitarios en Europa. Hay que tener en cuenta que la calidad de las enseñanzas medias en Estados Unidos deja mucho que desear, y el College debe suplir muchas carencias originadas en la High School, aunque quizá sea exagerado considerar al College simplemente como un «segundo bachillerato».

Una vez graduado en el College, el aspirante a estudiar Derecho

[40] El ACT (American College Test), que consta de cuatro secciones: matemáticas, ciencias, inglés y ciencias sociales. Muchas universidades exigen en cambio (o además) el SAT (Scholastic Aptitude Test), de estructura similar pero de un nivel algo superior.

debe someterse a un examen de selectividad específico para estos estudios, organizado a escala nacional por el «Law School Admission Council»[41]. Se trata del «Law School Admission Test» (LSAT), definido oficialmente como «un test estandarizado (...) diseñado para medir las habilidades esenciales para el éxito en la facultad de Derecho». Dado que, al igual que en España, en la formación previa a la carrera de Derecho no hay cursos específicamente jurídicos, en el LSAT no se exige tanto conocimientos de Derecho cuanto *aptitudes* básicas para su estudio en el futuro: capacidad de lectura y comprensión de textos complejos, saber redactar de manera coherente y ordenada, habilidad para manejar y procesar información y extraer conclusiones de ella, capacidad de síntesis y de análisis, y en general la aptitud para el razonamiento lógico y la argumentación crítica. Aunque no sea de conocimientos, el LSAT no es un examen fácil, y los estudiantes suelen prepararlo concienzudamente durante meses. En realidad, el LSAT no es un examen que se aprueba o se suspende: simplemente otorga a cada estudiante una determinada puntuación, que será suficiente o no para la admisión según los criterios particulares de cada facultad[42]. Esta puntuación generalmente se promedia con el UGPA («Undergraduate Grade Point Average»), es decir, el promedio de las notas obtenidas en los cuatro años de College. El UGPA es valorado por las facultades teniendo en cuenta la dificultad de los cursos escogidos (utilizando estadísticas de las notas medias obtenidas por varias promociones) y la idoneidad de los mismos como base para los estudios de Derecho. Pero hay que advertir que esto último suele entenderse de una manera muy flexible: no se excluye a priori ningún curriculum[43], y en general no importa mucho cuál

---

[41] El «Law School Admission Council» es una asociación de facultades de Derechos de Estados Unidos y Canadá que suele trabajar en cooperación con la ABA y la AALS, encargándose sobre todo de colaborar con las facultades de Derecho -y con los estudiantes que aspiran a ingresar en ellas- en todo el proceso de admisión. Sus programas son administrados por el «Law School Admission Services».

[42] Los resultados se traducen a una escala de 10 a 48 puntos. En convocatorias recientes, dos tercios de los examinandos obtuvieron entre 22 y 38 puntos. Pero las puntuaciones medias de los admitidos en las 25 mejores facultades se situaron entre 40 y 45 puntos.

[43] Para muchas facultades la diversidad de sus estudiantes es un factor de enriquecimiento mutuo en el seno de ese mismo colectivo, y constituye por sí misma un valor digno de protección. Aparte de las políticas de «acción afirmativa» en relación con las minorías raciales o étnicas, las facultades de Derecho suelen admitir un cierto número de estudiantes llamados «no convencionales» en atención a su formación previa (quienes en el College estudiaron materias muy alejadas del Derecho, como por ejemplo música o ciencias puras), e incluso a sus

haya sido el «major» del candidato si eligió cursos que estimulan el dominio del lenguaje oral y escrito y la capacidad de razonamiento crítico. Por supuesto, siempre es preferible haber estudiado materias como historia, ciencia política, sociología, filosofía, economía, lengua y literatura o -cada vez más- contabilidad.

El promedio del LSAT y del UGPA constituye el «factor numérico», que es con mucho el principal, pero no el único (salvo en algunas universidades públicas), en el proceso de admisión. Éste termina de perfilarse atendiendo a factores como entrevistas personales ante el comité de admisiones, cartas de presentación, experiencia de trabajo, actividades extracurriculares realizadas por el candidato, o los llamados «ensayos» que han de incluirse en cada solicitud respondiendo a preguntas tales como «¿por qué quieres estudiar Derecho?» o «háblanos de ti mismo», y con los que se busca conocer mejor tanto la habilidad del aspirante a la hora de redactar como los rasgos más sobresalientes de su personalidad y de sus intereses.

En resumen, la admisión en una buena facultad de Derecho acaba siendo para el estudiante un proceso muy complejo[44], de enorme dureza y altamente competitivo. En cifras globales, algo menos de la mitad de quienes solicitan la admisión en una facultad de Derecho acreditada efectivamente la logran (este año ha habido 95.000 solicitantes para 44.000 plazas), pero si nos fijamos en las 25 mejores facultades los porcentajes de admitidos oscilan entre el 30,1% (Iowa) y el 5,6% (Yale)[45].

Una de las consecuencias obvias de esta fuerte selectividad académica es la de un mejor nivel del alumnado en las facultades

---

características personales (extranjeros, de edad más avanzada, casados y con hijos, etc.). La experiencia de trabajo después del College, y la edad superior a la del estudiante típico, son factores cada vez más tenidos en cuenta en los procesos de admisión.

[44] Prueba de ello es la aparición de la figura del «prelaw adviser», un profesional de las universidades (en el nivel del College) encargado de asesorar a aquellos estudiantes que estén pensando en estudiar Derecho. Proliferan los cursos y las publicaciones de orientación a las facultades de Derecho y a sus requisitos y procedimientos de admisión, así como para la preparación del LSAT. El proceso de recopilación de información y de preparación de las solicitudes (cada estudiante suele presentar su candidatura en muchas facultades, a veces más de una docena) suele comenzar con meses e incluso años de antelación.

[45] Harvard ha admitido al 9,5% de quienes lo solicitaron; Chicago al 14,2%, Stanford al 8,0% y Columbia al 16,1%. Hay que tener en cuenta además que prácticamente todos los que son rechazados por estas facultades ostentaban presumiblemente unas excelentes credenciales, ya que de lo contrario ni siquiera habrían desperdiciado su tiempo y esfuerzos presentando su solicitud a una de estas instituciones.

de Derecho americanas. Aunque se vea al College, en el peor de los casos, como un segundo bachillerato, éste es ya de nivel universitario, y el grado de formación y de madurez de un estudiante que se gradúa a los 22 años tras cuatro años de College es bastante superior al de nuestros estudiantes recién salidos del COU a los 18. Si a ello añadimos la abismal diferencia -y no sólo en cuanto a grado de dificultad, sino también en su adecuación para seleccionar específicamente candidatos a juristas- entre todo el proceso de selección antes descrito y nuestras pruebas de selectividad, que sirven para cualquier cosa menos para seleccionar, el resultado es un colectivo de estudiantes de Derecho americanos de excelente calidad, acostumbrados ya al éxito en los estudios.

Este carácter literalmente «selecto» de los estudiantes explica muchas cosas. Explica, por ejemplo, que la calificación de «suspenso» en una asignatura sea algo realmente excepcional, y que la figura del «repetidor» prácticamente no se conozca. Conseguir acceder a una buena facultad de Derecho resulta dificilísimo, pero una vez dentro la práctica totalidad de los «elegidos» acabarán sus estudios, y en no más años de los tres de que consta esta carrera[46]. Esto no significa que, una vez salvados los obstáculos de la admisión, el estudiante pueda dormirse en los laureles. Durante esos tres años (sobre todo en el primero) se exige un trabajo intensísimo, y los estudiantes, por muy brillantes que sean, deben llevar una vida parecida a la del licenciado español que prepara oposiciones de un nivel alto. Si, salvo rarísimas excepciones (debidas casi siempre a causas de índole extraacadémica), todos cumplen con el nivel mínimo exigido, no es porque éste sea bajo, sino porque se trata de estudiantes con una buena formación previa, intelectualmente aventajados, y que además trabajan duramente. Llama la atención ver, por ejemplo, lo concurridas que están las bibliotecas un domingo cualquiera del año -y no sólo en época de exámenes- hasta el último minuto en que permanecen abiertas, es decir, a las 12 de la noche. Y es importante recordar -todo hay que decirlo- el estímulo añadido que para ellos representa el coste económico que supondría repetir algún año. Por si fuera poco, las facultades ya se encargan por sí mismas de establecer un «régimen de permanencia» durísimo. Por ejemplo, mientras en España basta con aprobar una asignatura en el primer año para poder continuar, en Estados Unidos normalmente la cifra se invierte: hay que aprobar todas menos una de las seis

[46] El fracaso académico apenas existe. En cifras globales, menos del 5% abandonan los estudios antes del final, cifra que desciende por debajo del 1% en las principales facultades.

asignaturas de que suele constar el primer curso; nuestras seis convocatorias en América generalmente se reducen a dos, y el segundo intento debe realizarse necesariamente durante el año siguiente, ya que el «no presentado» equivale al suspenso[47].

Una vez obtenido el título de Derecho (J.D.), los recién licenciados todavía deben superar el «Bar exam» exigido por el Estado donde deseen ejercer. En este examen se evalúan los conocimientos jurídicos generales así como las principales peculiaridades del Derecho del Estado en cuestión, la capacidad de «razonamiento jurídico» y la familiaridad con el código deontológico y con el régimen de responsabilidad profesional del abogado. Aprobar este examen no suele representar una gran dificultad para los licenciados del tipo de facultad de que venimos hablando[48], aunque se ven obligados a prepararlo intensamente durante el verano inmediatamente posterior a su graduación. Un abogado sólo puede ejercer en aquel Estado en el que ha sido admitido mediante este examen[49], aunque muchos Estados admiten también a aquellos abogados acreditados en otro Estado que hayan practicado la profesión durante un cierto número de años, o les conceden admisiones temporales para casos particulares. Desde hace algún tiempo existe además la posibilidad de someterse al «Multistate Bar Exam», un examen unificado reconocido por la mayoría de los Estados, que permite el acceso a la profesión en cualquiera de ellos (en este examen cada Estado añade un segundo ejercicio en el que se exigen conocimientos específicos del Derecho de ese Estado). Por otra parte, para ejercer ante los tribunales federales hay que satisfacer los requisitos establecidos por éstos, que varían según el tipo de tribunal. En los tribunales federales de distrito el requisito básico es simplemente haber sido admitido al ejercicio en el Estado en que ese tribunal federal esté localizado, mientras que en los tribunales federales de apelación suele exigirse el estar acreditando ante el más alto tribunal de algún Estado.

---

[47] De todas formas, hay que advertir que los regímenes de permanencia varían bastante de una facultad a otra y no es fácil generalizar. De nuevo, esta dureza se va relajando a medida que descendemos en la escala de «categoría» de cada facultad. Y en realidad no cabe hablar exactamente de un sistema de «convocatorias» limitadas, como en España, ya que allí se fija un complejo mecanismo de «créditos» que han de obtenerse para la obtención del título.

[48] No se piense por ello que el «Bar exam» es un coladero. No hace mucho en California, por ejemplo, lo suspendió el 52,5% de los que se presentaron, aunque también hay que decir que se trata de uno de los Estados donde las pequeñas «escuelas nocturnas» de Derecho son más numerosas.

[49] Por eso algunos abogados se someten varias veces al Bar exam, cada una en un Estado diferente, y las principales «Law firms» suelen abrir oficinas en muchos Estados.

La contrapartida de toda esta selectividad económica y académica que he ido describiendo es la de unas muy buenas perspectivas profesionales para quien se gradúa en una facultad de Derecho, al menos si ésta se encuentra en el tercio superior del ranking. Describir la estructura y el carácter de la profesión jurídica en Estados Unidos excede con mucho los límites de este estudio, que quiere centrarse exclusivamente en la enseñanza del Derecho y no en todo lo que puede ocurrir después de la carrera. Me limitaré por ello a señalar que en general todos los licenciados en una buena facultad encuentran rápidamente trabajo como juristas. El problema del joven licenciado es más bien el de elegir entre las muchas posibilidades profesionales que se le abren. Posibilidades que, en el caso de una facultad prestigiosa, ni siquiera deben ellos salir a buscar, ya que incluso desde el primer año de carrera les llueven las ofertas sin moverse de la facultad. Empresas privadas, agencias del gobierno, organizaciones sociales y, sobre todo, grandes despachos colectivos («Law firms») acuden masivamente a las principales facultades de Derecho para entrevistar y, en su caso, reclutar a futuros licenciados, ofreciendo trabajo durante el verano (a modo de período de prueba, con la vista puesta en un «fichaje» definitivo) a los estudiantes de primer y segundo curso, o proponiendo a los de tercero la incorporación inmediata para comenzar tan pronto como aprueben el Bar Exam. La oficina de empleo de la propia facultad («Placement Office» o «Office of Career Services») se encarga de canalizar y organizar todas estas ofertas, además de asesorar en general a sus estudiantes acerca de las salidas profesionales. En Harvard, por ejemplo, se ha institucionalizado una especie de «temporada de entrevistas» durante los meses de octubre y noviembre, feria a la que acuden representantes de más de 800 «Law firms» y empresas privadas para comprar (a veces en sentido no tan figurado) jóvenes promesas. Cada estudiante se apunta a tantas entrevistas como desee (la media es de unas 20). Ciertamente, el fantasma del paro no es algo que preocupe a estos estudiantes, lo cual no evita que entre ellos exista una feroz competencia por acceder a los mejores trabajos. El grado de prestigio de cada facultad de Derecho y, dentro de la misma facultad, el lugar que ocupe cada estudiante en el ranking de su promoción, son factores decisivos para determinar quienes consiguen los empleos más codiciados. También las entidades que acuden a contactar con futuros abogados compiten duramente entre sí por fichar a los estudiantes más brillantes, y en esta competencia casi siempre salen victoriosas las grandes «Law firms» (algunas de hasta 200 abogados), que ofrecen salarios formidables, así como una gran seguridad en el empleo, enormes posibilidades

de formación y de promoción profesional, y un elevadísimo prestigio social[50].

3. Aspectos sustantivos: métodos y contenidos de la enseñanza del Derecho en Estados Unidos

Hasta aquí mi exposición se ha centrado básicamente en lo que he denominado, en sentido muy amplio, aspectos «institucionales» de la enseñanza del Derecho en Norteamérica, es decir, cuáles son las características principales de las facultades de Derecho, cómo funcionan internamente en cuanto instituciones, qué papel juegan en su contexto social general y en relación con otras instituciones jurídicas, cuál es el perfil de los colectivos de profesores y estudiantes, etc.

A continuación me detendré en los aspectos que podríamos llamar «sustantivos» de esa misma enseñanza: se tratará de ver ahora qué es lo que ocurre «puertas adentro» en las aulas, es decir, qué se enseña y cómo se enseña, cuáles son los métodos (técnicas pedagógicas, materiales bibliográficos, sistemas de evaluación) y contenidos (orientación de la enseñanza, plan de estudios, etc.) de la docencia. Para ello comenzaré haciendo un poco de historia.

a) El "case method" y sus orígenes

A principios del siglo XIX no existían los estudios de Derecho tal como los conocemos hoy. Como ya he apuntado, los abogados se formaban trabajando como pasantes, y aprobar el «Bar exam» -en aquellos Estados que lo exigían- era poco más que una formalidad[51]. En este contexto surgieron las primeras escuelas de

---

[50] En cifras globales (referidas a todos los licenciados en Derecho americanos, que hoy son más de 800.000), el 74% se dedican al ejercicio privado de la profesión, de los cuales poco más de la mitad trabajan solos y el resto en una «Law firm»; el 13% trabaja para la administración pública (incluyendo unos10.000 jueces); el 12% son ejecutivos a sueldo de empresas y asociaciones privadas; y cerca del 1% se dedica a la enseñanza. Pero si nos centramos en las facultades más importantes, aproximadamente el 70% de sus licenciados pasan a ingresar en una «Law firm», y el resto trabajan para bancos y grandes empresas del sector privado, para la administración o, en un porcentaje considerable (al menos el 10%) como pasantes de jueces («judicial clerkships»), que en la mayoría de los casos después de unos años acaban trabajando en una «Law firm».

[51] Para entender el carácter particularmente abierto del acceso a la abogacía en estos años hay que tener en cuenta que la primera mitad del siglo XIX fue la época de la llamada «democracia jacksoniana» (Andrew Jackson fue presidente

Derecho, de carácter no universitario, cortadas según lo que podríamos denominar el «modelo Litchfield»[52]. En América siempre había habido abogados que se tomaban especialmente en serio la tarea de enseñar a sus pasantes. Algunos dedicaban cada vez más tiempo a esa labor y menos a sus clientes, admitían a un número cada vez mayor de pasantes e incluso comenzaban a cobrarles por ese aprendizaje, hasta que finalmente abandonaban el ejercicio de la profesión y su bufete se convertía en una escuela de abogados. Así surgió la célebre escuela de Litchfield (Connecticut), fundada en 1784 por el juez Tapping Reeve, y que puede considerarse la primera «facultad» de Derecho de Estados Unidos; funcionó hasta 1833. La enseñanza en este tipo de escuelas, con escasos medios, sin requisitos de admisión ni exámenes finales, duraba poco más de un año, y estaba exclusivamente orientada a la práctica. Pero el método docente incluía a menudo el de las conferencias, de las que los alumnos tomaban apuntes.

El «modelo Litchfield» terminó siendo absorbido por la enseñanza del Derecho de carácter universitario, inaugurada con la creación en 1817 de la primera facultad (ya sin comillas) de Derecho en la Universidad de Harvard. Aquí el modelo era Blackstone. Las conferencias que Blackstone impartió en Oxford a mediados del siglo XVIII, y que fueron la base de sus famosos *Commentaries,* en realidad no habían sido pensadas para la formación de juristas en la universidad, sino para un público más amplio, pero las facultades de Derecho siguieron su ejemplo y los *Commentaries* pronto se convirtieron en la «Biblia» de la enseñanza del Derecho tanto en Inglaterra como en Estados Unidos.

He afirmado que el modelo de Litchfield fue «absorbido» -más que «sustituido»- por el modelo de Blackstone. Con ello quiero decir que, durante buena parte del siglo XIX, la enseñanza «universitaria» del Derecho, aunque con pretensiones intelectuales algo más ambiciosas que la de Litchfield, seguía arrastrando muchos de los rasgos del modelo anterior. Su nivel era bastante

---

entre 1828 y 1836). El populismo igualitarista y anti-elitista de esta doctrina política exaltaba las virtudes del «hombre medio» americano, e implicaba que todo buen ciudadano tenía algo así como un derecho innato al ejercicio de la profesión jurídica. La Constitución del Estado de Indiana es un buen ejemplo de este espíritu jacksoniano; en ella se establecía que «toda persona de buen carácter moral, siendo votante, tendrá derecho a ser admitido a la práctica del Derecho en todos los tribunales de justicia». Véase Benson, Lee, *The Concept of Jacksonian Democracy,* Princeton, 1961.

[52] Véase Friedman, Lawrence M., *Introducción al Derecho Norteamericano,* trad. cast. de Joan Vergé i Grau, Librería Bosch, 1988, pp. 402. He acudido a este texto para relatar la etapa inicial de este breve recorrido histórico.

pobre, no había exámenes de ingreso ni de fin de curso (bastaba con pasar por ahí dos años y pagar la matrícula) y, sobre todo, la enseñanza seguía estrechamente orientada a la práctica profesional: estaba concebida más como un aprendizaje técnico en una escuela de capacitación profesional que como una disciplina académica «respetable» que se enseña en la universidad.

En realidad, la enseñanza universitaria del Derecho, tal como se entiende hoy, comienza a configurarse a partir de 1870. En ese año un abogado de Nueva York llamado Christopher Columbus Langdell (1826-1896) fue nombrado primero profesor y meses después Decano de la facultad de Derecho de Harvard (antes, la figura del Decano no existía). Langdell llevó a cabo una auténtica revolución en la enseñanza del Derecho.

Como Decano de Harvard, la obsesión de Langdell era precisamente reivindicar esa respetabilidad académica de la que carecía hasta entonces el estudio del Derecho en su país. Langdell sostiene una y otra vez que el Derecho es una «ciencia», aunque nunca sabremos nosotros con seguridad si es de esa creencia sincera en la cientificidad del Derecho de donde surge su empeño por elevar el rango académico de los estudios jurídicos o si, por el contrario, la invocación de la idea de ciencia no es más que una estrategia retórica para alcanzar dicho objetivo. En un discurso pronunciado en 1886 durante la conmemoración del 250 aniversario de la fundación del Harvard College, Langdell insiste en que «el Derecho es una ciencia», y añade: «Si el Derecho no fuera una ciencia, más le valdría a la universidad hacer honor a su propia dignidad renunciando a su enseñanza. Si no fuera una ciencia, entonces es una especie de artesanía, y la mejor manera de aprenderla será sirviendo como aprendiz de alguien que la practique. Pero si fuera una ciencia, entonces difícilmente podrá discutirse que se trata de una de las más nobles y difíciles de entre las ciencias, y que precisa toda la luz que el más ilustrado centro del saber pueda arrojar sobre ella». En este sentido, la contribución de Langdell al fortalecimiento institucional de la enseñanza del Derecho fue muy notable: entre otras cosas, elevó los estándares para la admisión de estudiantes, introdujo un riguroso sistema de exámenes, sentó las bases de la mayor biblioteca jurídica del mundo, reclutó a un claustro de profesores de excelente calidad, y creó la figura del catedrático profesional de Derecho[53]. En suma, Langdell creó el

[53] Antes de Langdell, los profesores de Derecho, incluidos los que enseñaban en la universidad, eran jueces y abogados dedicados a la docencia sólo como actividad secundaria. Como Decano de Harvard, Langdell contrató a James Barr Ames, un brillante licenciado recién salido de la facultad y sin ninguna

modelo de las facultades de Derecho americanas como las grandes instituciones educativas que antes he descrito. Pero no son estas reformas «institucionales» las que ahora nos interesan, ni tampoco son ellas la razón principal por la que este personaje ha pasado a la historia[54]. La verdadera «revolución» de Langdell hay que buscarla en los contenidos y métodos docentes.

Langdell no sólo reaccionó contra el enfoque «artesanal» del modelo Litchfield, sino también y especialmente contra el modo dominante en la enseñanza universitaria del Derecho de su época, que como hemos visto era la lección magistral al estilo de Blackstone. Él había llegado a la conclusión de que el estudio científico del Derecho debía consistir en el dominio de un número relativamente reducido de principios o doctrinas básicas, y de que la vía rápida y segura de alcanzar ese dominio era el análisis de una serie de «casos» o sentencias judiciales cuidadosamente seleccionadas, en las que esos principios y doctrinas toman cuerpo. En consecuencia, el método de enseñanza del Derecho debía centrarse en el estudio de esos casos: el *«case method»*.

También en este terreno estrictamente de la docencia llevó Langdell a la práctica sus ideas: como profesor de Derecho de Contratos elaboró una compilación sistemática de las principales sentencias de los tribunales de apelación ingleses y americanos en esta materia, compilación que publicó en 1871 con la intención de que sirviera como instrumento de estudio para sus alumnos. Había nacido el primer *«casebook»*[55].

---

experiencia profesional como abogado: para Langdell, la enseñanza del Derecho, en cuanto ciencia, debía ser impartida por expertos en esa disciplina, independientemente de que hubieran ejercido o no la profesión.

[54] No cabe duda de que la orientación «práctica» de la enseñanza del Derecho en Estados Unidos sigue siendo hoy mucho más marcada que en países como España. No por casualidad las facultades de Derecho americanas todavía se denominan «escuelas» de Derecho, al igual que las demás escuelas de enseñanzas profesionales (Medicina, Empresariales, Ingenieros...), independientes de los «Departamentos» de la universidad. Y es que el objetivo primordial no es tanto cultivar intelectualmente una disciplina «científica», cuanto preparar profesionales con una buena formación técnica para el ejercicio del Derecho. Como señala Twining (op. cit., supra nota 19), Langdell sortea la posible tensión entre estos dos objetivos al afirmar, como veremos, que «el verdadero jurista» es aquél que domina los principios jurídicos de tal manera que es capaz de aplicarlos «con constante facilidad y seguridad a la madeja siempre enredada de los asuntos humanos».

[55] En el «Prefacio» de esta obra, Langdell escribe uno de los párrafos más citados a la hora de explicar los orígenes y el espíritu del «case method»: «El Derecho, considerado como una ciencia, consiste en ciertos principios o doctrinas. Lo que define a un verdadero jurista es poseer la maestría suficiente sobre estas doctrinas como para ser capaz de aplicarlas con constante facilidad y seguridad

Langdell creía además que la docencia debía desarrollarse de tal manera que los alumnos «pudieran sacar mayor aprovechamiento de la asistencia a clase que dedicando el tiempo al estudio privado». En efecto, una vez que los estudiantes disponían de un libro de casos, el paso siguiente tenía que ser el abandono de la tradicional conferencia o lección magistral: se podía exigir a los estudiantes que leyeran cuidadosamente los casos previamente asignados para cada clase, de manera que, en lugar de «tomar apuntes», el tiempo de ésta se dedicara a la discusión colectiva de esos casos bajo la dirección del profesor. Éste debería orientar el debate planteando a los estudiantes las preguntas pertinentes para, entre todos, llegar a las conclusiones «correctas». Esta forma de dar clase se conoce en las facultades de Derecho americanas bajo el nombre, un tanto pretencioso, de *«método socrático»*.

Estas tres novedades («case method», «casebook», y «socratic method») encontraron una fuerte resistencia durante bastantes años, pero poco a poco fueron imponiéndose, y hacia la tercera década del presente siglo el case method (nombre que, en sentido amplio, englobaría a las tres) era ya practicado en la mayoría de las facultades de todo el país[56]. Hoy en día puede decirse que el

---

a la madeja siempre enredada de los asuntos humanos; es por ello que adquirir esa maestría debe ser la tarea de todo buen estudiante de Derecho. Cada una de estas doctrinas ha llegado a su estado actual a través de una lenta progresión; es decir, se trata de un crecimiento, que en muchos casos se extiende durante siglos. Por lo general, este crecimiento puede ser rastreado a través de una serie de casos; y la forma con mucho más rápida y mejor, si no la única, de dominar eficazmente la doctrina es estudiando los casos en que ésta se encarna. Pero los casos que son útiles y necesarios para este propósito en la actualidad guardan una proporción sumamente pequeña en relación con todos los que se han registrado. La inmensa mayoría son inútiles, o peor que inútiles, para cualquier propósito de estudio sistemático. Por otra parte, el número de doctrinas jurídicas fundamentales es mucho menor de lo que comúnmente se cree; las muchas guisas diferentes en que la misma doctrina está constantemente haciendo su aparición, y la gran medida en que los tratados jurídicos son una repetición unos de otros, son causa de muchos malentendidos. Si estas doctrinas pudieran ser clasificadas y dispuestas de forma tal que cada una pudiera encontrarse en su lugar apropiado, y no en otro, dejarían de ser formidables en número». Langdell, Christopher Columbus, *A Selection of Cases on the Law of Contracts,* viii (1871).

[56] A esta expansión sin duda contribuyó decisivamente el hecho de que el case method irradiara desde Harvard Law School, que por entonces ejercía desde hacía ya años un claro liderazgo entre las facultades de Derecho americanas, que por otra parte en 1871 eran sólo 31. Precisamente los años de expansión del case method coinciden con un período de rápido fortalecimiento de la enseñanza universitaria del Derecho: entre 1870 y 1900 el número de facultades de Derecho pasó de 31 a 102. La mayoría de las facultades de nueva creación siguieron también el modelo de Harvard.

modelo de enseñanza del Derecho dominante en Estados Unidos sigue siendo el inspirado por Langdell. En realidad -y pese a las muchas críticas y debates en torno al case method, intentos de reforma y propuestas de alternativas pedagógicas[57]-, después de más de un siglo apenas cabe hablar de cambios verdaderamente radicales en la enseñanza del Derecho en este país. Las ideas de Langdell, tanto las relativas al diseño institucional de las facultades de Derecho como las de su modelo docente, configuraron lo que ha dado en llamarse una «ortodoxia»[58] que, con la inestimable ayuda de Harvard como su principal guardián, todavía hoy sigue gozando de muy buena salud.

Sentado esto, es necesario advertir de inmediato que el case method, tal como lo concibió Langdell, sí ha experimentado algunos cambios importantes. Si, generalizando mucho, cabe hablar de algo así como una «línea de evolución» del case method, ésta podría sintetizarse como la de una cierta tendencia hacia la «sustantivización», o al menos hacia la moderación de su formalismo inicial[59].

---

[57] El case method ha sido cuestionado sobre todo en dos «oleadas» críticas: la protagonizada por los realistas en los años 20 y 30, y la de los movimientos que agitaron a toda la enseñanza universitaria durante los años 60. Pero la discusión en torno a la enseñanza del Derecho, con mayor o menor virulencia, ha sido una constante en la cultura jurídica americana hasta nuestros días. Hoy podría hablarse de una tercera oleada de críticas que recupera muchos de los rasgos de las dos anteriores. Me refiero a la encabezada por muchos de los miembros del movimiento llamado «Critical Legal Studies». Sobre los ataques de los realistas, véase Llewellyn, Karl, «On What Is Wrong with So-Called Legal Education», 35 *Columbia Law Review* 653 (1935); «The Current Crisis in Legal Education», 1 *Journal of Legal Education* 215 (1948); *The Bramble Bush. On Our Law and Its Study,* 1930, 2.ª ed., 1951, Oceana, New York, pp. 192; Frank, Jerome, «Why Not a Clinical Lawyer-School», 81 *University of Pennylvania Law Review* 908 (1932); Green, Leon, «A New Program in Legal Education», 17 *American Bar Association Journal* 299 (1931); Lasswell, Harold; McDougal, Myres, «Legal Education and Public Policy: Professional Training in the Public Interest», 53 *Yale Law Journal* 203 (1943). Sobre las críticas de «Critical Legal Studies», véase Kennedy, Duncan, *Legal Education and the Reproduction of Hierarchy,* Afar, Cambridge, 1983; Klare, Karl, «The Law School Curriculum in the 1980's: What's Left?», 32 *Journal of Legal Education* 336 (1982); Gordon, Robert, «Critical Legal Studies as a Teaching Method, Against the Background of the Intellectual Politics of Modern Legal Education in the United States», 1 *Legal Education Review* 59 (1989).

[58] Grey, Thomas, «Langdell's Orthodoxy», 45 *University of Pittsburgh Law Review* 1 (1983).

[59] Debo pedir disculpas de antemano al lector por el uso descaradamente ambiguo e impreciso que hago a continuación de etiquetas tan manidas como «formalismo», «realismo», «carácter sustantivo», «positivismo», etc. Soy consciente de las dificultades que encierra una utilización tan simplificada de este tipo de

Como espectadores europeos formados en la tradición continental, a primera vista las reformas de Langdell quizá no nos parezcan -al menos para su época- la expresión de un enfoque excesivamente «formalista» del Derecho y de su estudio, sino más bien todo lo contrario. Al fin y al cabo, el case method pone el énfasis en las sentencias concretas de los jueces más que en las reglas generales y abstractas del Derecho legislado; en el estudio de fuentes primarias en lugar de manuales doctrínales; en la discusión participativa en las aulas en lugar de la pasividad y el dogmatismo de la lección magistral; en la formación metodológica y en la capacidad de argumentación jurídica en lugar de la simple memorización de información acerca de reglas y doctrinas previamente sistematizadas. Y, sin embargo, Langdell ha sido y sigue siendo considerado en América el principal representante de ese enfoque acerca del Derecho vagamente etiquetado como «formalista». Para autores como Holmes y como Frank, Langdell simbolizaba explícitamente la encarnación del «enemigo». ¿Cómo se entiende esto?

En primer lugar, creo que conviene introducir aquí, a modo de recordatorio, una advertencia general acerca de algo que es tan sabido como frecuentemente olvidado. La cultura jurídica americana ha sido siempre -y no sólo a partir de los realistas- muchísimo más «sustantiva» o antiformalista que la europea continental, e incluso más también que la inglesa[60]. En comparación

términos, que a menudo confunde más que aclara las cosas y está en la raíz de numerosos malentendidos y de bizantinas discusiones sobre palabras. Sin embargo, ni es éste el lugar ni dispongo ahora de espacio para introducir rigurosas distinciones analíticas en mi discurso, que no quiere ser más que una descripción general de algunas ideas muy básicas en relación con la enseñanza del Derecho, sin pretensiones teóricas «mayores». En el nivel de análisis en que aquí me sitúo, emplearé pues estos términos como lo que en realidad son, simples etiquetas o «símbolos» que sirven para evocar posturas o corrientes muy diversas y complejas en las que ahora no voy a entrar, ni creo que sea aquí estrictamente necesario hacerlo. Dejo en libertad al lector para que interprete esas expresiones según la acepción que más le plazca, ya que a todas ellas me refiero en general cuando aquí las uso: sacrificando el rigor en aras de la brevedad, a mí me basta con que el lector vaya viendo «por donde van los tiros».

[60] Dejando de lado la etapa colonial, la historiografía jurídica americana suele emplear una periodización tripartita introducida por Hewellyn en *The Common Law Tradition:* la etapa que va de la Revolución a la Guerra Civil (período «antebellum»), la etapa que transcurre entre la Guerra Civil y el final de la Primera Guerra Mundial o la aparición del realismo jurídico (período «clásico»), y la etapa actual (a la que podríamos llamar «post-realista»).

Durante la primera de estas etapas (*circa* 1776-1870), caracterizada por lo que Llewellyn llamó el «Grand Style», se arrastra todavía el trasfondo iusnaturalista y populista de la Revolución. Se trata de una «era formativa» (véase Pound,

con Europa la variable, llamémosla así, «formalismo / realismo» está en América mucho más «desplazada» en bloque hacia el segundo de estos polos, de manera que lo que a nosotros puede parecernos una posición más bien «sociologista», «antinormativista», «realista», o como se la quiera llamar, en América lo es mucho menos; y viceversa, allí tacharían de «formalista» o «positivista» a posturas que para nosotros no lo son tanto (esto último es un poco lo que ocurre con Langdell). Uno nunca termina de acostumbrarse del todo a la paradoja de que sea en un país con este tipo de «cultura» o «tradición» jurídica donde precisamente se desarrollaran las críticas más feroces contra el formalismo: al leer los textos de los realistas uno no puede dejar de pensar que donde verdaderamente muchas de esas críticas serían pertinentes es en

---

Roscoe, *The Formative Era of American Law,* 1938) dominada por una concepción «instrumental» más que «formal» del Derecho y del razonamiento jurídico: como escribe Llewellyn, por «formativa» Pound tenía en mente «la creación efectiva de la doctrina que se necesitaba, mediante selección, mediante modificación, mediante invención». El «Grand Style» de esta época aspiraba a reconciliar particulares nociones de «equity» y de «policy», según Llewellyn, se aceptaban los precedentes sólo después de haberlos contrastado, por un lado, con «principios» jurídicos (entendidos «no como meras herramientas para dotar a las reglas de un orden a gran escala» sino como «grandes generalizaciones que deben proporcionar sentido además de orden»); y, por otro lado, con razones de «policy» («en términos de consecuencias previsibles de las reglas»). En suma, el «Grand Style» del Common Law es «una forma de renovación continua del Derecho», «una armonización operativa de visión y tradición, de continuidad y crecimiento, de maquinaria y propósito, de medida y necesidad» (Llewellyn, Karl, *The Common Law Tradition. Deciding Appeals,* Little, Brown and Co., Boston, 1960, pp. 565, en pp. 36-38).

Durante la segunda etapa (*circa* 1870-1920), según Llewellyn, el «Grand Style» se sustituye por el «Formal Style», cuyo «padre» podría decirse que es Langdell. Pero en Estados Unidos el formalismo jurídico «clásico» (que triunfó más tarde, y durante menos tiempo) nunca llegó a alcanzar los extremos que adquirió en Europa continental. Como escribe Robert Gordon, nunca hubo en América tal cosa como «un formalismo puramente lógico-deductivo», o «mecánico», o una «jurisprudencia de máquina de monedas» («slot-machine jurisprudence»). «Pocos incluso entre los juristas clásicos de Common Law llegaron a ser formalistas cien por cien en el sentido del positivismo o la pandectística de los países de Derecho Civil; nosotros estamos demasiado apegados al caso y a la situación concreta como para eso. Los juristas del Common Law de los tiempos pre-realistas ciertamente habrían insistido en que la suya era una jurisprudencia de principios, y se hubieran sorprendido ante la idea de que pudiera no serlo» (Gordon, Robert, op. cit., supra nota 57, en p. 1-2).

En cuanto a una comparación con la cultura jurídica inglesa, el objetivo principal de todo el libro de Atiyah y Summers al que tanto he recurrido en este trabajo es precisamente demostrar la tesis de que el Derecho y la cultura jurídica de Estados Unidos son marcadamente «sustantivos», en comparación con el carácter mucho más «formal» de la tradición jurídica inglesa.

Europa, y no (o mucho más que) en Estados Unidos. Si Langdell era para Holmes «el mayor teólogo jurídico vivo», ¿qué no diría de la «escuela de la exégesis» o de la «jurisprudencia de conceptos»?[61]. Por otra parte, no debemos dejarnos seducir demasiado por el tinte «judicialista» que se podría percibir en una orientación que, como el case method, gira en torno a las sentencias de los tribunales. Como ya había dicho Bentham años atrás, en el sistema del «Common Law» los jueces elaboran las normas «como lo haría un hombre para con su perro: cuando se quiere impedir que el perro haga algo que el dueño no quiere, se espera hasta que lo haga, y entonces se le castiga por ello»[62]. Así, en un país de «Common Law» como Estados Unidos, si puede triunfar un enfoque de tipo formalista, éste ha de ser sobre todo un «formalismo jurisprudencial», y cualquier orientación de carácter «judicialista» no tiene exactamente las mismas connotaciones antiformalistas que tendría en la Europa continental.

Una vez situados en este contexto, hay que decir que la concepción del case method de Langdell responde efectivamente a una visión formalista. «Formalista» al menos en dos sentidos. En primer lugar, y como se desprende claramente del largo pasaje que antes he reproducido[63], el estudio de sentencias judiciales concretas no es más que la vía para extraer y construir, a partir de ese material en bruto y desordenado, un sistema lógicamente consistente de principios y doctrinas generales, que es en lo que verdaderamente consiste el Derecho, no siendo esas sentencias más que sus manifestaciones particulares. Como dice Holmes, «el ideal jurídico del Sr. Langdell, la finalidad de todos sus esfuerzos, es la *elegantia juris* o la integridad *lógica* del sistema en cuanto sistema. Él es, quizá, el mayor teólogo jurídico vivo. Pero, como teólogo, no está tan preocupado por sus postulados como por mostrar que las conclusiones derivadas de ellos permanecen ligadas entre sí»[64]. El case method de Langdell implica pues la sistema-

---

[61] Por supuesto, la paradoja a la que me estoy refiriendo se podría disolver dándole la vuelta al argumento: precisamente esa cultura jurídica «sustantivista» de Estados Unidos es el caldo de cultivo idóneo para que surjan movimientos como el realista, que en contextos jurídicos mucho más «cerrados» como el europeo difícilmente podían haber cuajado o haber tenido el mismo peso y alcance.

[62] La cita de Bentham está recogida de Friedman, Lawrence (op. cit., nota 2, en p. 108), quien a su vez la recoge de Cook, Charles M., *The American Codification Movement: A Study of Antebellum Legal Reform* (1981), p. 75.

[63] Véase supra, nota 55.

[64] Holmes, Oliver Wendell, ((Review of Langdell's *A Selection of Cases on the Law of Contracts»,* 14 American Law School Review, 233 (1880).

tización del Derecho mediante un análisis neutral, donde las ideas de orden, sistema, taxonomía y simplicidad juegan el papel central. Haciendo abstracción de las circunstancias concretas que se deciden en el contexto particular de cada caso, el estudio de una sentencia debía dirigirse más bien al principio jurídico subyacente a su «ratio decidendi». Los principios así extraídos podrían después aplicarse casi mecánicamente («con constante facilidad y seguridad», decía Langdell) a nuevas situaciones, debiendo el juez respetar escrupulosamente la doctrina del precedente («stare decisis»). A los pocos casos particularmente importantes que debían incluirse en un «casebook» se les atribuía pues un carácter normativo general que los hacía susceptibles de un tratamiento casi tan «formalista», aunque fueran sentencias judiciales, como el que daría un jurista continental de aquella época a los artículos de un código[65].

En segundo lugar, el case method diseñado por Langdell era «formalista» en el sentido de que aislaba herméticamente el estudio del Derecho tanto respecto del «sucio mundo del ejercicio profesional»[66] como de las demás disciplinas sociales. Esto es consecuencia de su visión del Derecho como «verdadera ciencia», que debía afirmar su autonomía, su «pureza» en el sentido del positivismo jurídico más estrecho[67]. El Derecho sólo consta de principios y doctrinas *jurídicas,* y en las facultades de Derecho la dieta exclusiva de los estudiantes debía estar compuesta por los casos en que éstas aparecen. La ciencia política, la historia, la sociología o la economía debían confinarse en otros

[65] Digo «casi» porque en todo caso, como señala Twining, la variedad de las fuentes utilizadas por el case method siempre permitiría dejar un cierto margen para un «elemento de preferencia, y por tanto de creación silenciosa, soterrada». Además, el tratamiento de los casos en su secuencia cronológica confiere inevitablemente una cierta concreción y perspectiva histórica al estudio de las reglas jurídicas. Véase Twining, William, op. cit., nota 19, en p. 13 y p. 15. No obstante, aunque Langdell dispone los casos en orden cronológico, lo importante para él es mostrar su secuencia lógica más que cronológico-histórica: se trata de presentar una «línea de casos» bien seleccionados que expresan consistentemente un mismo principio o doctrina, desatendiendo (por «inútiles, o peor que inútiles») otros casos que pudieran contradecir dicha estructura.

[66] La frase es de Friedman, enfatizando la actitud negativa de Langdell hacia la enseñanza del Derecho como mero aprendizaje de una técnica profesional, como antes he señalado. Véase Friedman, op. cit., nota 52, en p. 289.

[67] También Holmes denuncia este hermetismo de Langdell: «Él sólo está por la lógica y odia toda referencia a cualquier cosa que esté fuera de ella, y sus explicaciones y conciliaciones de los casos habrían asombrado a los jueces que los decidieron». Véase Howe, Mark de Wolfe (ed.) *Holmes-Pollock Letters,* 17 (1941).

departamentos de la universidad. La experimentación empírica y cualquier referencia

al entorno social quedaban desterradas de la facultad de Derecho. Dicho con otras palabras, Langdell es el padre del llamado «paradigma del Derecho en los libros»[68].

b) El «case method» en la actualidad

Me he detenido a explicar la orientación del case method en su versión original, la de Langdell, no simplemente como curiosidad histórica. En la medida en que, como he dicho, la «ortodoxia» de Langdell sigue fundamentalmente vigente, también siguen siendo pertinentes muchas de las críticas a su formalismo que le dirigieron los realistas, o las que más o menos vagamente inspiradas en éstos se le dirigen todavía hoy. Ahora bien: que la «revuelta contra el formalismo» protagonizada por los realistas estuviera lejos de triunfar plenamente no significa que sus críticas a Langdell no dejaran huella alguna. No puedo detenerme aquí en esas críticas, pero sí debo entrar a describir con algo más de detalle cómo funciona hoy el case method después del -para algunos todavía insuficiente- impacto del realismo, que sin duda sí ha conseguido como mínimo moderar su formalismo.

Una de las modificaciones más llamativas que ha experimentado el case method después de los años treinta afecta a los instrumentos empleados en la enseñanza. Los «casebooks», que antes sólo contenían sentencias de los tribunales de apelación[69], ahora suelen además incluir, entre otros materiales, comentarios y preguntas planteadas al estudiante por el propio compilador, fragmentos de las actuaciones del proceso en primera instancia, textos legales

---

[68] En el discurso de 1886, antes aludido (supra, p. 7l), Langdell afirmaba que «el Derecho puede aprenderse y enseñarse en la universidad mediante libros impresos», que «los libros impresos constituyen la fuente definitiva de todo el conocimiento jurídico», y que por lo tanto «todo estudiante que pretenda adquirir algún dominio del Derecho como ciencia debe recurrir a estas fuentes»; y añadía: «la biblioteca es el taller de trabajo propio de los estudiantes y de los profesores por igual; es para nosotros todo lo que los laboratorios de la universidad son para los químicos y los fisicos, todo lo que el museo de historia natural es para los zoólogos, todo lo que el jardín botánico es para los botánicos». No hay que olvidar que los «libros impresos» a que se refiere Langdell no son otra cosa que los «casebooks», donde no se debía recoger más que casos *jurídicos*.

[69] Es un lugar común la crítica contra la «appelate court-itis» de la cultura jurídica americana. Para una versión ya clásica de esta crítica, véase por ejemplo la de Frank: *Law and the Modern Mind,* 1930 (ed. de 1963, reimp. de 1970, Peter Smith, Gloucester, Ma, en pp. xi-xix); *Courts on Trial,* 1949 (ed. 1973), Princeton University Press, Princeton, NJ, esp. capitulo XV, «The Upper Court Myth», pp. 222-224); «Cardozo and the Upper-Court Myth», 13 *Law and Contemporary Problems* 369 (1948).

(obligada respuesta al enorme incremento de la proporción del Derecho legislado respecto del jurisprudencial desde los años de Langdell hasta hoy), formularios, fragmentos de libros o artículos jurídicos escritos por académicos y, lo que es más importante, textos y notas del propio autor o de otros especialistas relativos a aspectos sociológicos, económicos, filosóficos, históricos, etc. relevantes para el caso en cuestión. El tradicional «casebook» ha sido pues sustituido, en muchos casos, por publicaciones que suelen llevar el más descriptivo título de «cases and materials». La incorporación al «casebook» de otras disciplinas distintas del Derecho puede entenderse como el resultado directo de la influencia ejercida por la jurisprudencia sociológica y el realismo jurídico[70].

En general, el carácter cerrado de la enseñanza del Derecho como ciencia autónoma ha dado paso a una orientación cada vez más interdisciplinar. Síntoma de ello es la proliferación más o menos reciente de escuelas o movimientos que defienden la introducción de diversos enfoques acerca del Derecho y de su docencia desde o en conexión con otras disciplinas. Me refiero a los movimientos que suelen bautizarse con el nombre de «Law and...»: «Law and Society», «Law and Economics», «Law and Literature», « Law and Psychology», etc.[71] Estas tendencias han logrado con-

[70] De todas formas, los libros de «cases and materials» siguen estando muy lejos de lo que sería un «manual» como los que se utilizan en España. En Estados Unidos los manuales apenas existen: en las asignaturas de dogmática jurídica se emplean los mencionados «casebooks» (con o sin otros «materials»), y en los demás cursos se reparte a los estudiantes un voluminoso paquete de «readings»: una selección de fotocopias de artículos o fragmentos de libros encabezados por un índice o programa con un calendario de lecturas para discutir en cada sesión. Una posible explicación de la escasez de manuales es que, desaparecida la lección magistral, los materiales que elaboran los profesores para sus disertaciones, que suelen ser el germen de los manuales, dejan de redactarse, y esas energías se emplean en la preparación de libros de casos. Ni siquiera es corriente que se utilicen monografías completas -no ya manuales- como texto básico para un curso. También la publicación de monografías es proporcionalmente escasa en América. No es que en las facultades de Derecho americanas se escriba menos, sino que se publica casi exclusivamente en revistas; aunque eso sí, no es muy raro que los artículos superen las 200 páginas, y un artículo de unas 100 páginas entra todavía dentro de lo normal.

[71] En este carácter multidisciplinar de la enseñanza del Derecho, y en la aparición de estos nuevos movimientos (a los que habría que añadir, más recientemente, «Critical Legal Studies», «Feminist Jurisprudence» y «Critical Race Theory») yo creo que algo han debido influir algunos factores «institucionales» de los que he hablado en la primera parte de este trabajo, como la ausencia de departamentos internos en las facultades de Derecho o, sobre todo, la exigencia de una formación previa en el College: los estudiantes llegan a la facultad de Derecho familiarizados ya con algunas de

estas otras disciplinas, e

solidar su presencia -unas más que otras- en el curriculum de cursos ofrecidos por muchas facultades, y aunque siguen situadas en la periferia más que en el centro de la enseñanza del Derecho, su influencia también se ha dejado notar en los contenidos y en el estilo docente algo más abierto a consideraciones «extrajurídicas» que presentan hoy los estudios dogmático-jurídicos que tradicionalmente ocupan el centro (los análisis centrados en la llamada «legal doctrine»)[72].

De todas formas, el énfasis de la enseñanza del Derecho sigue recayendo en el estímulo y desarrollo de las «facultades», «habilidades» o «técnicas» que caracterizan propiamente el trabajo del «jurista». En América suele emplearse una expresión que sintetiza el sentir generalizado acerca de qué es lo que deben enseñar las facultades de Derecho: a «pensar como juristas». La idea es bien sencilla: a través del case method y de la «discusión socrática» lo que se busca es proporcionar una buena formación *metodológica,* más que la acumulación memorística de una información enciclo-

---

incluso los profesores pueden verse inclinados a introducir en su docencia e investigación aquellas disciplinas en las que ellos se especializaron durante el College y cuyo estudio quizá nunca abandonaron del todo (presumiblemente, muchos de los miembros de «Law and Economics» se habían graduado con un «perfil» en economía, los de «Law and Literature» en literatura, los de «Law and Society» en sociología, etc.).

[72] En América, la expresión «legal doctrine» no alude, como su traducción literal nos puede llevar a pensar, a la «doctrina jurídica» entendida estrictamente como la doctrina elaborada por los tratadistas: «legal doctrine» significa simplemente Derecho positivo, o como suelen decir los americanos, «black-letter law». Ocurre que en un sistema de Common Law, de Derecho fundamentalmente judicial (al menos en sus orígenes) como es el americano, el «Derecho positivo» está formado básicamente por las reglas y «doctrinas» elaboradas por los jueces y tribunales en la fundamentación de sus sentencias. Esa «doctrina legal», lentamente construida a través de sucesivas sentencias de diversos tribunales, ha de entenderse pues en un sentido muy parecido, si no idéntico, al que empleaba nuestra legislación procesal al recoger como causa de casación la «infracción de doctrina legal». Ahora bien: en América la frontera entre lo que aquí llamaríamos «dogmática jurídica» y su propio objeto de estudio está aún más difuminada que en Europa continental, ya que, como hemos visto, esas doctrinas jurisprudenciales se ven a menudo enriquecidas en su paulatino desarrollo por las interpretaciones y matices introducidas por académicos y juristas de todo tipo, que suelen ser recogidos por los tribunales. Así, la «doctrina» del enriquecimiento injusto es Derecho positivo, plasmado en casos jurisprudenciales y aplicable por los jueces en futuros casos, y es a la vez «doctrina jurídica» en el sentido de que en su construcción también han participado los dogmáticos del Derecho desde las universidades. Quizá ahora se entienda mejor el sentido del término «doctrina» empleado por Langdell en el pasaje antes citado, y la definición de esa voz ofrecida por el *Black's Law Dictionary* (abridged 5th edition, West Publishing Co., St. Paul, Minn., 1983): «una regla, principio, teoría o dogma del Derecho; como la doctrina de la absoción [merger], la doctrina de la relación, etc.».

pédica acerca de reglas y doctrinas jurídicas[73]. El objetivo primordial no es tanto «enseñar normas», sino enseñar a plantear, analizar, comparar, construir y evaluar concretas situaciones fácticas y argumentos y decisiones jurídicas (sobre todo judiciales, pero también legislativas), y a «proyectar» líneas de casos y de legislación sobre situaciones nuevas[74]. Se trata pues de fortalecer ante todo la capacidad de análisis y de razonamiento jurídico, así como la de su expresión oral y escrita. Suele decirse además que el case method, al menos tal y como se concibe hoy, está «orientado a la resolución de problemas» («problem-solving») por parte de los estudiantes, más que a la recepción pasiva de la doctrina: tanto o más que conocer los contenidos de soluciones concretas (que pueden variar de uno a otro Estado, de una a otra sentencia o línea jurisprudencial), los estudiantes deben aprender a discernir por sí mismos dónde están los problemas relevantes, cómo surgen y mediante qué procesos jurídicos los tribunales, los legisladores

[73] A veces se ha criticado al case method porque «va demasiado lejos» en esa orientación casi exclusivamente metodológica, descuidando en exceso el aprendizaje de reglas. Yo no estoy muy de acuerdo con este tipo de reproches. Por supuesto que un jurista también debe saber normas, pero no es necesario que sean tantas como las que suelen inyectarse a presión en las memorias de nuestros estudiantes y opositores. Para algo están los libros, y lo verdaderamente importante es aprender a manejarlos, saber qué se puede hacer con las normas que contienen, y sobre todo cómo hacerlo. Quizá haya habido casos excepcionales en que se haya incurrido en excesos, pero mi impresión es que en general las facultades de Derecho americanas cumplen sobradamente con la función de «enseñar normas» en la medida necesaria: las reglas y principios básicos sí se aprenden, y la memoria sigue siendo una de las aptitudes esenciales que precisa un estudiante de Derecho (hasta el punto de que, por más que a nosotros nos sorprenda, también es posible escuchar en América críticas precisamente en el sentido contrario: en el de que la enseñanza del Derecho sigue siendo excesivamente memorística).

Por otro lado, la tarea de inculcar normas resulta bastante más complicada en un país como Estados Unidos, donde una facultad de Derecho «nacional» difícilmente puede aspirar a enseñar el Derecho de todos y cada uno de los cincuenta Estados, y porque se trata de un sistema de Common Law, donde una buena parte del Derecho no está recogida en códigos o textos legales más o menos sistematizados, sino que ha de ser rastreada a partir de sentencias judiciales que expresan reglas o principios mucho más imprecisos y flexibles. Mediante el case method, el estudiante aprende sobre todo a extraer por sí mismo esas reglas y doctrinas, cuyo resultado conforma un cuerpo de Derecho quizá no muy voluminoso, pero que es el suyo propio, el producto en buena medida de su razonamiento y de su esfuerzo personal. Quizá hubiera aprendido *más* cosas si el profesor se las hubiera dado ya hechas, pero las cosas se aprenden *mejor* mediante la experiencia de hacerlas uno mismo.

[74] Véase Atiyah, P.S., Summers, R.S., op. cit. en nota 1, p. 391; Farnsworth, E. Allan, *An Introduction to the Legal System of the United States,* Oceana Publications, New York, 2.ª ed., 1983, pp. 172, en p. 17.

o los abogados intentan resolverlos. Interesa, en suma, que los estudiantes aprendan a hacer preguntas casi más que a saber las respuestas.

En los tiempos de Langdell, este énfasis en la capacidad de razonamiento se entendía sobre todo en el sentido de «razonamiento lógico». Entre los defensores actuales del case method todavía quedan muchos que mantienen esa fe en la suficiencia de la «razón formal» y en la aplicabilidad mecánica de los principios extraídos de los casos, con la proscripción de cualquier consideración valorativa o argumentación de carácter sustantivo. Ocurre que, invocando al prestigioso nombre del case method, se han defendido y se defienden interpretaciones o aplicaciones del mismo más o menos «formalistas», más o menos «sustantivas». Cabe decir en líneas generales que, como sostienen Atiyah y Summers, el case method se ha «sustantivizado» mucho, aunque mi impresión es que no tanto como lo pintan estos autores[75]. De todas formas, hay que reconocer que en la actualidad el empleo del case method ha abierto sus puertas al razonamiento sustantivo, a los argumentos materiales en términos de «policies», a la justificación de carácter social, económico y a veces incluso político y moral. Para algunos, esta «apertura» resulta todavía insuficiente. En todo caso -esto es lo que a nosotros más nos interesa aquí- en términos comparativos con la situación española el case method practicado hoy en América es sin duda un método de enseñanza mucho menos formalista y mucho más abierto a la argumentación sustantiva que el modelo estándar de enseñanza del Derecho en España. El «policy analisis», tanto en la docencia como en la investigación, ha sido la herencia directa sobre todo de la «jurisprudencia sociológica» de Pound, y también el legado «descafeinado» que la fuerza crítica del movimiento realista consiguió dejar tras de sí en la ciencia jurídica norteamericana. Y, efectivamente, en muchos casos el Derecho ya no se enseña tanto «como un cuerpo autoritario de doctrina» cuanto «como un instrumento de "policy" política, económica y social (...). Al enseñar a sus estudiantes cómo comprender el Derecho, los docentes americanos acentúan la necesidad de buscar, por detrás de las reglas impresas, los problemas subyacentes de política social y de administración práctica»[76].

---

[75] Me parece excesivo afirmar, como hacen ellos, que en el ambiente educativo americano «la fuerza justificatoria del razonamiento sustantivo de base, y no la autoridad del razonamiento formal, se convierten en el foco primario». Yo me temo que el formalismo langdelliano en las facultades de Derecho americanas, aunque de forma menos visible o con otros ropajes, sigue estando bastante más vivo de lo que creen estos autores.

[76] Atiyah, P.S.; Summers, R.S., op. cit., supra nota 1, en p. 391. Como

c) El "método socrático"

Este enfoque «metodológico» e «instrumental» de la enseñanza del Derecho se pone de manifiesto sobre todo en las aulas, en la manera de conducir las clases a través del llamado «método socrático». En nuestras universidades solemos asumir con resignación la idea de que no hay manera humanamente posible de llevar a la práctica el formato de las «clases dialogadas» si tenemos delante un grupo de más de treinta estudiantes: cuando el grupo es muy numeroso, la única opción que le queda al profesor, le guste o no, es la lección magistral; la docencia a través de discusiones mínimamente rigurosas debe confinarse al marco de semi-

también señala Cavers (citado por estos autores, op. cit., en p. 390), con el case method los estudiantes «aprenden a ver el Derecho como un instrumento que está continuamente remodelando la sociedad y la economía americana. Dado que los jueces americanos, al escribir sus sentencias, tienden a discutir las "policies" políticas, económicas y sociales que tienen que ver con sus decisiones, los estudiantes que han hecho de esas sentencias la base principal de su trabajo durante tres años tienden naturalmente a pensar en la significación de reglas y decisiones jurídicas particulares en términos de "policies"».

No obstante, esta orientación hacia el «policy analysis» no está exenta de críticas, dirigidas no ya desde posiciones más o menos «formalistas», sino precisamente desde el flanco contrario. Según estas críticas, el «policy analysis» practicado en las facultades de Derecho no está suficientemente elaborado ni justificado desde un punto de vista teórico general, y tampoco está suficientemente apoyado por investigaciones empíricas concretas. Las razones de «policy» no se discuten ni argumentan seriamente, sino que se afirman sin más de forma breve y superficial, apelando a un supuesto consenso general sobre determinados valores («la eficiencia en la asignación de recursos», «la seguridad del tráfico jurídico», «la defensa de la libre competencia y de la productividad»...) o a una supuesta tendencia de desarrollo histórico («el crecimiento económico», «la mayor especialización del trabajo», «la creciente internacionalización de la economía»...). Estos valores y tendencias constituyen una especie de «sentido común» que se da por descontado, una especie de racionalidad funcional inmanente al ordenamiento jurídico y que supuestamente puede resolver los problemas de indeterminación lingüística del Derecho que los realistas habían puesto de relieve, pues se confía en que el jurista-tecnócrata que maneje con habilidad las técnicas del «policy analysis» será capaz de «descubrir» las soluciones socialmente óptimas para prácticamente todos los problemas jurídicos. La racionalidad técnica de esos argumentos de «policy» relativamente estandarizados y acríticamente asumidos sigue ocultando -siempre según este tipo de críticas- las «grandes cuestiones» controvertidas de carácter moral y político en sentido fuerte sobre los términos básicos del orden social. Así, el «policy analysis» puede llegar a ser visto como una puerta falsa a través de la cual se ha introducido un nuevo tipo de «formalismo», en el sentido de que se sigue manteniendo una clara distinción entre el discurso jurídico supuestamente neutral y todavía marcadamente riguroso y determinado (aunque ya no se trate de la racionalidad lógico-deductiva del formalismo clásico), y el discurso valorativo, abiertamente político-moral, que está en la raíz de las discusiones jurídicas.

narios reducidos de estudiantes voluntarios especialmente seleccionados o motivados. En Estados Unidos, los grupos de segundo y tercer año tienen esas características: los estudiantes han elegido voluntariamente todo sus cursos (no hay asignaturas obligatorias), e incluso el profesor puede establecer -con frecuencia lo hacen- un número máximo de estudiantes y determinados requisitos de admisión para su curso (por ejemplo, haber cursado previamente cierta asignatura, o una determinada orientación de su curriculum durante el College, o conocer algún idioma extranjero...). Sin embargo, el método socrático también se utiliza, y de manera especialmente «ortodoxa», en los cursos del primer año, donde todas las asignaturas son obligatorias y los grupos son de 100 ó 150 alumnos. Sorprendente mente, el sistema funciona con relativa soltura. Esto en parte se explica porque, como ya he dicho, se trata de un colectivo de estudiantes intelectualmente más maduros, con una sólida formación durante el College, dotados de espíritu crítico y participativo, acostumbrados a expresar sus conocimientos y opiniones de manera articulada, y que han superado un proceso de selección (especialmente el LSAT) precisamente dirigido aprimar las cualidades más idóneas para este tipo de docencia; por su parte, los profesores generalmente dominan el difícil arte de la clase dialogada, que es el estilo de enseñanza que ellos mismos recibieron cuando fueron estudiantes y en el que están bien entrenados porque es el que han ejercido durante toda su carrera docente. Pero hay también otras razones «menos nobles» que explican el funcionamiento del método socrático. La participación del estudiante, y el buen nivel que se exige a sus intervenciones, se estimula de modo artificial porque el alumno sabe que de la frecuencia y calidad de sus actuaciones en clase depende en buena medida su nota final en esa asignatura, y porque muchas de las preguntas del examen tendrán que ver directamente con lo que ha ocurrido durante la discusión en el aula[77]. La asistencia a clase es estrictamente obligatoria, y la participación de hecho casi también.

[77] En las facultades de Derecho americanas los exámenes casi siempre son escritos (rasgo que parece contrastar con el estilo de la docencia); sólo hay uno o a lo sumo dos exámenes por asignatura (téngase en cuenta que la mayoría son cursos cuatrimestrales o semestrales), y suelen concentrarse los de todas las asignaturas en determinados días (no más de 10). Normalmente los exámenes constan de uno o varios casos prácticos sobre los que se plantean diversas preguntas, aunque en cursos sobre materias no estrictamente jurídico-positivas suelen consistir en la exposición de algún tema, o en comentarios de textos. Las alternativas al examen tradicional están muy extendidas, principalmente su sustitución por trabajos de investigación o el llamado «take home exam», que los estudiantes se llevan a su casa y entregan al cabo de 24 ó 48 horas.

Muchas veces los estudiantes tienen asignado un asiento fijo y numerado en cada curso, y durante la clase los profesores tienen delante un diagrama del aula con los nombres de los estudiantes que ocupan cada asiento (a veces incluso con su fotografía), de manera que toman buena nota de cuánto y cómo interviene cada estudiante, e incluso pueden seleccionar a quién dirigir sus preguntas sin esperar a que aparezcan voluntarios. Por eso se ha criticado a veces el ambiente represivo y «de colegio» que el método socrático puede llegar a crear en las aulas. Una clase de este tipo se desarrollaría más o menos así: el profesor comienza su clase seleccionando sin previo aviso a uno de sus alumnos, a quien pide que «plantee el caso», es decir, que exponga durante unos minutos la información básica acerca de los hechos, las cuestiones jurídicas que se suscitan, la argumentación utilizada y la decisión final del juez, en relación con el caso previamente asignado para ese día[78]. A continuación, ese mismo estudiante es sometido a un duro interrogatorio sobre lo que acaba de decir, durante el cual el profesor le va presionando para que clarifique sus respuestas, estrechándose el cerco en torno a las cuestiones más relevantes. Tarde o temprano el alumno ha quedado contra las cuerdas y se ve incapaz de responder satisfactoriamente a una pregunta, y entonces se levantan varias manos de otros compañeros dispuestos a responderla. El profesor llama a uno de ellos y continúa con él la discusión, aunque a veces ésta se limita a aclarar el punto problemático y se reanuda el interrogatorio del primer estudiante, que puede prolongarse durante la mayor parte de la hora y media que generalmente dura una clase. Pero lo normal es que intervengan al menos una docena de protagonistas principales, y un número mucho mayor de participantes esporádicos. Con frecuencia el profesor interrumpe el debate para introducir una breve disertación

[78] En realidad, el método socrático empieza bastante antes de comenzar la clase: ese «planteamiento del caso» por parte de un estudiante no es otra cosa que la exposición oral, a veces simplemente leyéndolo, del «case brief» o sinopsis del caso, que todos han debido preparar de antemano por escrito en dos o tres páginas. Los «case briefs» han de seguir una técnica estándar que se enseña a los estudiantes durante los primeros días del primer curso (en la asignatura «Legal Methods» o «Legal Writing»), y su elaboración suele ocupar a los estudiantes buena parte de su tiempo fuera de clase (suele haber unas quince horas de clase a la semana, pero para preparar cada una de ellas los estudiantes normalmente invierten dos o tres más). No siempre es fácil hacer un buen «brief», y aprender a dominar esta técnica es importante para los estudiantes de cara a su futuro ejercicio profesional: es una de las tareas fundamentales que realizan los jóvenes abogados en las «Laws firms», o los «Law clerks» (ayudantes o pasantes) de jueces y fiscales, y también los profesionales consagrados suelen realizarla por sí mismos para su trabajo.

sobre algún punto y continuar después la discusión. Al final, el profesor suele recopilar las conclusiones principales que «entre todos» han alcanzado, aunque hay profesores que se limitan a hacer preguntas y plantear problemas durante toda la clase, obligando a que cada estudiante extraiga por sí mismo sus propias conclusiones.

El ambiente entre los estudiantes en este tipo de clases casi siempre es muy competitivo, aunque esa competitividad se oculte a menudo bajo un frágil disfraz de cortesía y de falso compañerismo. La competitividad entre los estudiantes es uno de los rasgos más llamativos de toda la enseñanza universitaria americana, pero en la facultad de Derecho está especialmente acentuada. El propio sistema educativo la fomenta de manera más o menos abierta. Sin ir más lejos, en el complejo mecanismo de calificación de exámenes muchas veces la nota de cada estudiante se hace depender en parte de los resultados medios obtenidos por el grupo[79]. Otro ejemplo es la organización de las «moot court competitions», en las que todos los estudiantes de primer curso están obligados a participar. Se trata de juicios simulados ante tribunales compuestos por profesores, estudiantes veteranos, abogados y jueces locales; se forman parejas de estudiantes que se enfrentan como defensores de cada una de las partes del hipotético pleito, y hay todo un sistema de eliminatorias que culmina en una«gran final» y una pareja campeona (en las «upper-round competitions», entre estudiantes de los cursos superiores, hay incluso premios en metálico). Pero quizá la competencia más dura sea aquella que enfrenta a los mejores por el puesto más codiciado: pertenecer al consejo de redacción de la revista de la facultad, lo cual viene a ser algo parecido -salvando las distancias- a estar inscrito en aquellos «cuadros de honor» con que se premiaba a los alumnos más destacados en nuestras escuelas. Las revistas jurídicas de facultad, incluidas las más prestigiosas como la *Harvard Law Review* o la *Yale Law Journal,* tradicionalmente son editadas por un consejo formado exclusivamente por estudiantes. Pero para

[79] Por eso, dejar copiar a un compañero durante un examen puede acabar afectando negativamente a la nota del estudiante «generoso». Como mecanismo de «autoregulación», no está mal para evitar estos fraudes. El problema es que facilita una competitividad que obstaculiza otras formas de sana cooperación entre los estudiantes (después de una gripe un estudiante puede tener dificultades para que un compañero le preste los apuntes), e incluso llega a enrarecer las relaciones personales entre ellos. También hay que decir que ante esta situación los estudiantes suelen reaccionar organizándose espontáneamente en pequeños «grupos de estudio», donde la colaboración es muy intensa, aunque sólo con los compañeros que pertenecen a estos grupos cerrados.

pertenecer a ese privilegiado consejo hay que tener uno de los cuatro o cinco mejores expedientes de la clase después del primer año, y / o haber superado un durísimo examen de selección organizado específicamente para este fin. En suma, los estudiantes de las facultades de Derecho americanas no estudian tanto para aprobar -ya he dicho que prácticamente todos aprueban- cuanto para sacar mejores notas que los demás y situarse así en los primeros puestos de su promoción (de ello depende además, no lo olvidemos, su salida profesional).

Pero volvamos al método socrático en las aulas. Esta atmósfera general tan competitiva explica que a veces los estudiantes levanten la mano en clase no ya con la intención de participar en una sana confrontación intelectual, sino con el deseo mal disimulado de «derrotar» y, si es posible, ridiculizar ante el profesor y ante los demás compañeros a aquel que acaba de tener una intervención desafortunada o no supo contestar a la pregunta del profesor, sobre todo si este «compañero» es uno de sus más directos rivales en el ranking de su promoción: también en las intervenciones en clase el éxito depende en parte de que se haga no ya un buen papel, sino un papel mejor que el de los demás.

Así pues, el método socrático es un arma de doble filo. Por un lado, estimula sin duda la participación activa del estudiante y le acostumbra a discutir y argumentar, a manejar en público ese estilo inquisitivo de análisis característico del abogado, cosa que difícilmente puede conseguir la lección magistral. Pero, por otro lado, puede crear en algunos estudiantes (o en muchos) un sentimiento agobiante de temor ante la posibilidad de «ser llamado» por el profesor y verse expuesto así al fracaso en público, a una cierta humillación ante el profesor y ante sus propios compañeros; la asistencia a clase puede convertirse para ellos en una experiencia diaria de tensión y angustia[80], que explica la aparición de prácticas

[80] Sobre esta angustia que sufre sobre todo el estudiante de primero de Derecho, y en general sobre el mundo de la enseñanza del Derecho en Estados Unidos, yo recomiendo al lector cuyo interés sobre este tema no justificaría el esfuerzo de adentrarse en el resto de la bibliografía aquí anotada -o quizá ni siquiera el de leer estas páginas- la lectura de una novela. En realidad se trata de un ensayo autobiográfico «novelado», o de un diario, escrito por Scott Turow, el famoso autor de «best-sellers» tan conocidos como «Presunto Inocente». La novela se titula *One-L* (1977, 1.ª edición de Warner Books, 1988, pp. 276), título extraído del nombre que en Harvard suele darse a los estudiantes de primer curso de Derecho (de «One-Law»; los de segundo serían «Two-L's», etc.). Turow cuenta pues su propia experiencia como estudiante de primero de Derecho en Harvard, adoptando a menudo un fuerte tono crítico. Este libro ha sido también un «best-seller», no sólo en los quioscos sino sobre todo entre los profesores y estudiantes de Derecho de todo el país: entre los primeros hay quien

como el llamado «backbenching»[81] o el «no-hassle pass»[82].

Una ambivalencia parecida puede detectarse en uno de los rasgos más elogiados del método socrático: el espíritu crítico que inculca a los alumnos. Efectivamente, el método socrático no sólo enseña a reconstruir paso a paso el razonamiento de los tribunales, sino también a criticarlo[83]. Los estudiantes deben estar preparados para emitir una opinión sobre si la decisión es correcta, y ofrecer razones para defender su postura; durante la discusión el profesor y los demás compañeros desafían al estudiante, presentándole contraargumentos que éste debe sopesar y criticar para seguir defendiendo su postura o para cambiarla. Incluso a veces el profesor plantea inicialmente el estudio de los casos adoptando el punto de vista de un juez que debe tomar una decisión careciendo de reglas o de precedentes judiciales aplicables a ese caso. Es verdad que el método socrático parece correr más el peligro de caer en la crítica gratuita y en la discusión chapucera de barra de bar, que en el extremo opuesto del dogmatismo propio de la lección magistral. Pero también hay que advertir que el método socrático es susceptible de un uso mucho más autoritario bajo la

---

lo cita en sus publicaciones, y entre los segundos se ha convertido en la guía extraoficial que sustituye a los catálogos de orientación de las facultades de Derecho.

[81] El verbo «to backbench» es un ingenioso neologismo acuñado hace ya tiempo en la jerga estudiantil de las facultades de Derecho americanas. Hace alusión a la práctica de agazaparse semiclandestinamente en los bancos situados en el fondo del aula, con la esperanza de eludir así el peligro de ser llamado a intervenir. La asignación individualizada de los asientos y el diagrama del aula utilizado por el profesor intentan combatir esta práctica.

[82] El «no-hassle pass» es una reivindicación relativamente reciente de cierto sector del alumnado. Evocando los «Miranda rights» -los derechos del detenido reconocidos en *Miranda v. Arizona,* 384 U.S. 436, (1966)-, consiste en el «derecho a no hablar» de un estudiante cuando es interrogado por el profesor, sin tener que dar más explicaciones sobre su negativa ni soportar el posible ensañamiento con el que éste podría presionarle para que conteste: el estudiante dice simplemente «paso» y el profesor debe dirigirse rápidamente y con toda naturalidad a otro estudiante.

[83] Una de las razones que explican que el case method sea un método más crítico -aparte, por supuesto, de que las cosas se discuten en clase- es el carácter necesariamente comparativo del estudio de los casos en un sistema federal como el americano: el estudiante no puede aceptar como definitiva la solución dada por el juez en el caso que tiene entre manos, porque, como dice Cavers, «el próximo caso que lea puede haber sido extraído de los repertorios de jurisprudencia de otro Estado, que adopta una posición diametralmente opuesta». No hay que olvidar que en Estados Unidos no existe un sistema jurisdiccional unitario con una estructura estrictamente jerarquizada en el que la doctrina jurisprudencial emana o se unifica desde arriba (como en el caso de nuestro Tribunal Supremo): los tribunales de los diferentes Estados pueden llegar a soluciones distintas y dotadas de firmeza sobre el mismo problema.

apariencia abierta y flexible de la discusión con los estudiantes. De hecho, este tipo de debate ha sido criticado a veces como un juego amañado en el que de antemano la posibilidad real de ganar es de un sólo jugador: el profesor. Éste somete a los estudiantes a un interrogatorio con el que poco a poco va conduciendo al rebaño hasta su redil. El profesor está en posesión de la verdad, conoce la única respuesta correcta, y todo es cuestión de que los estudiantes lleguen «por sí mismos» (?) a esa misma conclusión, en lugar de imponérsela de manera autoritaria desde un principio. El autoritarismo intelectual queda así demagógicamente disfrazado. Al final, si alguien no entra en el redil es porque no ha sido capaz de seguir correctamente todos los pasos dados en clase, y permanecerá por tanto en el error.

d) El "curriculum"

Por último, unas palabras sobre el contenido del «curriculum» o plan de estudios. Pese a la heterogeneidad de facultades y, dentro de cada una, la variadísima oferta de cursos optativos, en la práctica se puede hablar de ciertos rasgos generales comunes que nos permiten estructurar la descripción de lo que sería el plan de estudios estándar. Esa estructura podría verse como una especie de «precipitado» de la historia jurídica (o de la historia, a secas) de Estados Unidos desde los tiempos de su primer diseñador, Langdell. Cada uno de los tres años de que consta el curriculum reflejaría un período distinto:

1) En el primer año se incluyen, con carácter obligatorio, las «grandes instituciones» o sectores tradicionales del «Common Law», el edificio básico del Derecho correspondiente al liberalismo económico de finales del XIX: «Contratos», «Torts», «Propiedad», «Procedimiento Civil» y «Derecho Penal». Como se ve, se trata básicamente de Derecho privado (con el Derecho Penal como «gendarme»). La fuente casi exclusiva es la jurisprudencia de los tribunales (el «boom» del Derecho legislado vendrá después), por lo que aquí el case method campa por sus respetos más que en ninguna otra parte. Y además, enfocado a la manera clásica, como un ejercicio de «razonamiento jurídico» entendido sobre todo en el sentido de razonamiento «formal», de sujección al precedente, de búsqueda de la «lógica interna» de cada sector de la doctrina que se plasma en una «línea de casos» bien estructurada (aquí si hay que memorizar casos emblemáticos y sus principios o doctrinas). Los argumentos de «policy» juegan un papel mucho menor. Langdell vive.

2) En el segundo y tercer año todos los cursos son optativos (salvo el relativo a la regulación y deontología del ejercicio profesional, exigido para tal acreditación). La cantidad y variedad de las ofertas es enorme (no es raro que superen el centenar, aunque la facultad suele proponer «bloques» con un vago perfil o recomendar encarecidamente algunos cursos). En esta maraña se pueden distinguir no obstante dos grandes «tipos» de cursos. Estos dos tipos no necesariamente corresponden respectivamente al segundo y tercer año (se trata de «ganar» un cierto número de «créditos», distribuyéndose el estudiante las materias -salvo algunas «incompatibilidades»- como prefiera), aunque, dadas las costumbres que los estudiantes siguen al elegir, quizá también se puedan distinguir por años. El primer tipo (o el segundo año de carrera) sería el heredero de la jurisprudencia sociológica y del realismo jurídico, expresaría el programa «reformista» del New Deal, y mostraría la estructura burocrática y la función intervencionista y reguladora del Estado del Bienestar. Aquí se estudian cursos sobre Derecho Tributario, Derecho del Trabajo y de la Seguridad Social, Derecho Antitrust, Derecho Administrativo... es decir, Derecho público y legislado. También entraría aquí en general el estudio de la reglamentación pública del mundo económico: Derecho de sociedades («Corporations»), regulación de mercados financieros («Securities Regulation», «Acquisitions and Mergers», «Banking Regulations», «Corporate Transactions»...), comercio internacional, Derecho concursal, etc. En la docencia de estos cursos entran mucho más que antes las consideraciones de «policy».

3) Finalmente, hay un segundo tipo de cursos optativos (a menudo «seminarios») que lamentablemente se suelen relegar para el tercer año, algo más relajado porque hay que ir ya preparando el «Bar exam» y entrevistándose para un trabajo. Figuran a veces en el catálogo pensando también en quien quiera continuar con un Master o un doctorado. Se trata de cursos sobre materias tales como historia del Derecho, filosofía del Derecho, Derechos Humanos, ciencia política, teoría social, Derecho comparado, etc. Aquí se ubicarían también las «nuevas ramas» del Derecho, o el estudio de instituciones más recientes, herederas esta vez de los movimientos sociales de los años 60 (Derecho del medio ambiente, de la salud, del deporte, de los consumidores, «Public interest Law», asistencia jurídica a los necesitados -«Legal Services»-, Derecho contra la discriminación racial y sexual, Derecho urbanístico, informática jurídica, etc.), así como los cursos de «Law and...» («Law and Society», «Law and Economics», «Law and Literature», «Law and Education», «Law and Psychology», etc.) y

cursos de prácticas como la llamada «clinical legal education» o la «alternative dispute resolution» (negociación, mediación, arbitraje). El enfoque de este tipo de estudios está también orientado a la «policy science», pero esta vez con un bagaje metodológico interdisciplinar mucho mayor, y a menudo se plantean cuestiones valorativas, de índole moral y política, que en los otros cursos apenas se suscitan o no se abordan abiertamente.

4. Valoración general

La valoración global de la anterior visión de la enseñanza del Derecho en Estados Unidos arroja un balance claramente positivo. Aunque los profesores de Derecho americanos siguen discutiendo mucho sobre estos temas, creo que en el fondo late casi siempre una cierta sensación de «complacencia» ante la calidad y ante la orientación pragmática, flexible, interdisciplinar, crítica, etc., que ha adquirido hoy la enseñanza del Derecho (la formación de «verdaderos juristas») en Estados Unidos. Para alguien venido de España, la visión puede llegar a ser aún más optimista. No se me escapa que el lector haya podido percibir cierta carencia de sentido crítico en toda mi anterior exposición, y que a medida que la iba leyendo quizá estuviera pensando, algo molesto, que yo le estaba dibujando un panorama paradisíaco de «lo bien que hacen las cosas los americanos» en claro contraste con «lo mal que las hacemos aquí». Yo no creo que América sea el paraíso, pero, en cuanto a la enseñanza del Derecho, pienso que uno puede y debe ser menos crítico con ella *si la compara* (es lo que he intentado hacer yo) con la situación en España, que en esto sí es, o está cerca de ser, el infierno. Piense el lector en las tres variables básicas en las que se puede establecer una comparación, y que sintetizarían mi anterior caracterización de los aspectos sustantivos (dejemos de lado los institucionales, donde la comparación es quizá más difícil) de la enseñanza del Derecho en América. Ésta es sin duda, respecto de la española: 1) más *metodológica* y menos *memorística;* 2) más *sustantiva* e interdisciplinar y menos *formalista* y cerrada; 3) más *crítica* (o participativa, o activa) y menos *dogmática* (o pasiva). Por supuesto que aún podría ser mucho más metodológica, mucho más sustantiva, mucho más crítica.

Precisamente, quisiera concluir recordando al lector que, pese a todo, en Estados Unidos hay un número significativo, aunque minoritario, de académicos profundamente descontentos con la enseñanza del Derecho en su país. Apenas puedo siquiera enumerar una muestra de los frentes de crítica, de los cuales sólo dos o tres

han sido insinuados en las páginas anteriores (mi objetivo en este trabajo no era entrar en esos debates, sino simplemente ofrecer una mínima información previa a los mismos)[84].

Una vez más -al igual que ocurría con los ataques de los realistas al formalismo de Langdell-, los españoles descubrimos que bastantes de esas críticas estarían mucho más justificadas en España; y tanto es así, que acaba por parecernos que en América no lo están en absoluto. Yo no pienso que esas críticas al sistema americano sean del todo absurdas, y algunas creo que son muy pertinentes. Lo que ocurre es que tanto mi visión como mi valoración de la enseñanza del Derecho en Estados Unidos están teñidas por una comparación, aunque sea casi inconsciente, con la situación española. Pero el suelo del que parten esos críticos no es el español, sino exclusivamente el americano; y desde ese contexto, tradicionalmente mucho más «sustantivo» y flexible que el nuestro, la enseñanza del Derecho dominante les parece mucho menos metodológica-interdisciplinar-crítica, etc. que a nosotros, y la critican. Como en tantas otras cosas, tampoco en la enseñanza del Derecho es oro todo lo que brilla en América. Pero, de momento, yo me daría por satisfecho si al menos lográramos pulir nuestra enseñanza hasta alcanzar un brillo semejante al americano. Aunque sólo fuera el pálido brillo de una bisutería informal diseñada para vestir con tejanos.

[84]He aquí un puñado de esas críticas: el divorcio existente entre docencia e investigación; la orientación profesional de las facultades como fábrica de abogados para el mundo de los grandes negocios; la marginación en el curriculum de las materias más «políticas» o críticas frente a la centralidad de las que reproducen y legitiman el modelo existente en norteamérica; el apoliticismo tecnocrático de la concepción dominante sobre lo que es «pensar como un jurista» (o el «neoformalismo» disfrazado de argumentos de «policy» estandarizados y acríticamente asumidos, que ocultan la raíz político-moral del discurso jurídico); la precariedad de la «enseñanza clínica»; el «nivel intermedio» de la enseñanza, que ni forma buenos técnicos para el ejercicio ni buenos juristas con una sólida formación teórica; diversos defectos del sistema meritocrático de admisión de estudiantes; la timidez en la aplicación de políticas de «acción afirmativa» en favor de las minorías raciales; el ambiente emocional represivo, jerarquizado y competitivo que se crea en las aulas...

DERECHOS HUMANOS Y COMUNITARISMO. APROXIMACIÓN A UN DEBATE[1]

Durante los últimos años, el más radical oponente teórico de las doctrinas de los derechos humanos ha sido el pensamiento que se ha dado en llamar, a falta de un nombre mejor, comunitarista[2]. En realidad, la oposición del comunitarismo no se ciñe únicamente a las doctrinas que toman como fundamento moral último la noción de derechos humanos, sino a cualquier construcción moral basada en criterios universalistas, tanto a las que toman a los deberes como punto de partida cuanto a concepciones morales consecuencialistas como la utilitarista. Se diría, a pesar de todo, que de todas ellas, contra lo que el comunitarismo tiende a oponerse de manera más directa y frontal es precisamente contra los supuestos y contenidos decididamente individualistas o atomistas y, a la vez, universalistas de las doctrinas de los derechos humanos. Sin embargo, el primer propósito de estas páginas es mostrar cómo en la tradición de las doctrinas de los derechos humanos existe una profunda y ancha veta que, haciendo algunas

[1] Una primera versión de este trabajo fue presentada en mayo de 1992 como ponencia a un seminario organizado por el Centro de Teoría Política de la UAM.

[2] En la literatura en castellano, dicho sea sin ánimo exhaustivo, se han ocupado del comunitarismo Carlos Thiebaut («De nuevo criticando al liberalismo», *Arbor, nn. 503-504, CXXVIII, nov.-dic., 1987, pp. 147-62, y Cabe Aristóteles,* Madrid, Visor, 1988), Carlos S. Nino («Liberalismo 'versus' comunitarismo», *Revista del Centro de Estudios Constitucionales,* n. 1, sept-dic. 1988, pp. 363-76; recogido, como «Kant y Hegel, otra vez», en *El constructivo ético,* Madrid, Centro de Estudios Constitucionales, 1989, pp. 135-152), Adela Cortina (*Ética sin moral,* Madrid, Tecnos, 1990) y Emilio G. Martínez Navarro («La polémica de Rawls con los comunitaristas», *Sistema, n. 107,* marzo 1992, pp. 55-72). Asimismo, un estimable artículo relacionado con el tema aquí tratado es el de Maurizio Passerin d'Entréves, «Tolleranza e comunità. Un confronto tra i teorici comunitari e la teoria liberale», *Teoría política,* VII, 1, 1991, pp. 121-36.

concesiones comunitaristas, viene a limitar el alcance individualista y universalista que aquellas doctrinas parecían proponer en principio, de modo que la oposición entre la perspectiva de los derechos humanos y la comunitarista puede que no sea tan absoluta como pudiera parecer a primera vista en la medida en que importantes teóricos de los derechos humanos han cedido mucho terreno, y no sólo en tiempos recientes sino a lo largo de esa misma tradición doctrinal. A partir de esa constatación, si es que resulta fundada, el propósito último de estas páginas es inquirir sobre las razones de esa limitación y dar alguna explicación de ello, que en una materia como ésta no podrá excusar los compromisos valorativos.

La referencia a los compromisos valorativos hace casi ocioso añadir que el debate aquí recogido no tiene sólo un alcance meramente teórico entre doctrinas morales recluidas en el supuestamente aislado ámbito académico. Este debate conlleva también una decisiva opción práctica para el pensamiento occidental en la que se juegan acciones y decisiones centrales, urgentes e inmediatas y frente a las que no son excluibles fuertes tensiones, en especial entre los pueblos ricos y el inmenso resto de los pueblos pobres. Tal vez no será ocioso, en cambio, advertir que las consideraciones que siguen proceden de alguien que no es especialmente proclive al comunitarismo -aunque no deje de «sentir» sus cantos de sirena-, pero que tampoco termina de «ver» la posibilidad de una moral exclusiva y suficientemente fundamentada en algo por un lado tan vago y por otro tan exigente como la idea de derechos humanos, por más que no deje de creer en el imprescindible peso moral que han de tener muchos de esos derechos. Considerar la polémica entre comunitarismo y derechos humanos desde una inclinación teórico-moral moderadamente consecuencialista, con todo, no implica por necesidad pretender adoptar una posición neutral -para la que es indiferente una y otra-, sino más bien, como decía Unamuno, «alterutral» -para la que no es indiferente ni una ni otra-, es decir, más perpleja que dubitativa.

¿Qué se entiende aquí por doctrinas comunitaristas y de los derechos humanos? Lo que considero doctrinas de los derechos humanos puede identificarse con el conglomerado de teorías de la justicia que teniendo su origen histórico en las defensas contractualistas de los derechos naturales durante los siglos XVII y XVIII, pero también en posiciones diferenciables de las anteriores, como el racionalismo kantiano, pueden caracterizarse por dos notas: de un lado, un intento de justificación procedimental que tiene la pretensión de garantizar la imparcialidad de los contenidos derivados de él, que aparecen fundamentados de forma objetivista o intersubjetivista; y, de otro lado, como resultado de la anterior

fundamentación, una propuesta específica de principios o criterios de justicia que establecen ciertos rasgos morales básicos de los individuos como superiores a cualquier exigencia social opuesta y que en ese campo (o «coto vedado») exigen tratar a los individuos y sus intereses básicos de forma separada y no agregativa. En pocas palabras, considero doctrinas de los derechos humanos lo que en el mundo anglosajón se caracterizó como liberalismo anti- (o no) utilitarista, ejemplificable entre las décadas de 1960 y 1980 en John Rawls, Robert Nozick, Ronald Dworkin, Thomas Nagel y, en nuestro ámbito, por Carlos Nino.

Por su parte, por comunitarismo ha de entenderse la reformulación de la moral como un conjunto de pautas nacidas, practicadas y aprendidas dentro de la cultura de una comunidad concreta y determinada, que sólo tienen sentido dentro de ella, pues son aquellas pautas las que establecen el propio punto de vista moral, sitúan constitutivamente y motivan a los individuos dentro de un contexto moral determinado y configuran a los deberes hacia la respectiva comunidad como prioritarios sobre cualesquiera otros deberes y derechos. Los rasgos básicos del comunitarismo, así, resultan ser dos: el primero, relativo -por así decirlo- a las actitudes, el principio aristotélico de la prioridad del todo sobre las partes, esto es, de la ciudad sobre sus habitantes, del que Hegel hizo aplicación en el sometimiento del individuo al Estado frente a la subordinación mecánica del Estado a los derechos e intereses de los individuos propia del iusnaturalismo racionalista; y, el segundo, relativo a las creencias, la presuposición de que las comunidades humanas son diversas y están sometidas a pautas culturales específicas y, por tanto, a criterios morales particulares que obligan sólo dentro de su seno. Aun con distintos matices, reflejan un punto de vista comunitarista posiciones como las de Alasdair MacIntyre, Charles Taylor o Michael Sandel.

¿Hasta qué punto ha desafiado el comunitarismo a la doctrina de los derechos humanos? La tradición doctrinal de los derechos humanos, formada también por las declaraciones de derechos revolucionarias, parece haber transmitido un marco moral muy exigente que se derivaría del carácter moralmente categórico y último de los derechos individuales, prevaleciente sobre los intereses de la sociedad. Ese marco puede resumirse en la atribución a los derechos humanos de tres rasgos especialmente fuertes: universalidad, absolutidad e inalienabilidad. Los tres, y especialmente los dos últimos, han sido muy discutidos dentro de la propia tradición en su significado y alcance e incluso en su validez (en particular respecto de su carácter absoluto o sólo en primera instancia o *prima facie).* Si bien desde fuera de esa tradición han sido impug-

nados cada uno de los tres rasgos, me parece que el más primaria y directamente rechazado por las aproximaciones comunitaristas es el de la universalidad. Y es precisamente la adopción de ese adversario en la doctrina de los derechos humanos por parte de la crítica comunitarista lo que parece plantear la disputa entre ambas posiciones como el más agudo contraste entre dos modos de entender no sólo los contenidos morales, sino el propio punto de vista moral, hasta llegar a negarse recíprocamente. Ese contraste, sin embargo, termina matizándose en buena parte por las correcciones internas de la propia doctrina de los derechos humanos. Para verlo conviene hacer una referencia a la compleja idea de universalidad presupuesta por esta doctrina.

En efecto, la idea de universalidad aparece al menos en dos sentidos distintos en la noción de derechos humanos (o derechos naturales), entendidos éstos como criterios morales que fundamentan de manera última no sólo la existencia de deberes morales, sino también la necesidad del poder político como su forma apropiada de organización y de garantía efectiva:

a) *Universalidad del Punto de vista* o pretensión pragmática de validez general de los criterios adoptados, lo que alude a su imparcialidad y a su vocación de aceptabilidad como justos para todos: el estado de naturaleza, el imperativo categórico o la posición original de Rawls pueden verse como constructos teóricos predispuestos para buscar esta universalidad del punto de vista a través de un procedimiento imparcial que pasa siempre por la aceptabilidad individual, si bien de un individuo caracterizado por ciertos rasgos relativos al conocimiento, el desinterés, las actitudes, etc. Con la universalidad del punto de vista se conectan, aunque no se identifican, otras dos exigencias universalistas en el contenido de los criterios morales que, aunque no exclusivas de la doctrina de los derechos humanos, también la visión comunitarista tiende a impugnar o a soslayar: (i) la generalidad o, mejor, *abstracción del contenido* del criterio, es decir, la exigencia de que el estado de cosas regulado sea descrito como un tipo de casos, como clase, considerando a las acciones y a sus sujetos -según quería Rousseau[3]- como abstractos, excluyendo toda referencia a descripciones definidas y a nombres propios; (ii) la *universaliza-*

[3] «Cuando digo que el objeto de las leyes es siempre general, entiendo que la ley considera a los súbditos como corporación [*sujets en corps*] y a las acciones como abstractas, jamás a un hombre como individuo ni a una acción particular» *(Del contrato social,* II, VI, ed. cast. de Mauro Armiño, Madrid, Alianza, 1980, p. 43).

bilidad del contenido en el sentido de Hare, es decir, la exigencia de que el criterio se aplique a todas las situaciones cuyas propiedades sean semejantes a las que el propio criterio establece como relevantes.

b) *Universalidad de los sujetos* establecidos como titulares de los derechos, según suele expresarse en la fórmula canónica «todos los hombres...»: esta universalidad de los sujetos beneficiarios de los derechos se suele considerar lógicamente correlacionada con la universalidad de los sujetos obligados a cumplir tales derechos -esto es, de los destinatarios de los deberes correlativos-, lo que no deja de tener importancia, como después se verá, en los problemas de garantía efectiva de los derechos humanos.

Dentro de la tradición de los derechos humanos, la más obvia relación entre los dos significados se produce a través de la categoría de individuo, que es el punto de referencia último tanto del procedimiento imparcial y del consentimiento que exige como de los contenidos morales a los que se llega como resultado. El individualismo aparece aquí como correlato inescindible del universalismo, pues en el procedimiento y en el resultado «cada hombre» significa «todos los hombres» en la medida en que se presupone la esencial igualdad humana en la razón y en los derechos que ésta corrobora: en suma, los sujetos de los derechos humanos son todos y cada uno de los hombres. En esta relación entre universalismo e individualismo se condensa lo que de ideal cosmopolita presupone el modelo del iusnaturalismo racionalista: Locke deja bien claro que la ley común a todos los hombres por la que cualquier hombre («a Man») y *«el resto de la humanidad son una comunidad* [*one Community*] y forman una sociedad [*a Society*] distinta de todas las demás criaturas»[4].

Es conocida la crítica al iusnaturalismo racionalista por haber terminado convirtiendo su defensa abstracta del ser humano como sujeto moral universal en una más o menos expresa reducción a los propietarios varones de la titularidad concreta de los derechos naturales[5]. Esta reducción de la universalidad de los sujetos conlleva también, por implicación, una negación de la universalidad del punto de vista adoptado, que no resulta tan imparcial como

---

[4] *Segundo tratado sobre el gobierno,* n. 128, en *Dos ensayos sobre el gobierno civil,* ed. de Joaquín Abellán, Madrid, Espasa-Calpe, 1991, p. 295; subr. mío.

[5] La más conocida y feliz caracterización de esta reducción la formuló Macpherson en *La teoría política del individualismo Posesivo. De Hobbes a Locke* (ed. orig. 1962, trad. cast. de Juan-Ramón Capella, Barcelona, Fontanella, 2.ª ed., 1970).

parecía. Pero, dando esa crítica por supuesta, aquí me interesa explorar un ámbito distinto en el que el cosmopolitismo del individualismo racionalista resulta enseguida mediado y mediatizado, si no también quebrado y negado: me refiero a la aparición del Estado y, por tanto, de una multiplicidad de Estados, en el resultado final de ese proceso que se iniciaba con la suposición -bien tomada como hipotética bien creída histórica- de los individuos naturales libres e iguales. Entre los individuos y la humanidad se interpuso, así, la mediación de distintas comunidades políticas, seguramente como una concesión a la realidad histórica. Así viene a confesarlo Locke cuando continúa el texto que acabo de citar: «Si no fuese por la corrupción y el vicio de los hombres degenerados, no habría necesidad de nada más; no sería preciso que los hombres se separaran de esta gran comunidad natural y acordaran reorganizarse en otras asociaciones más pequeñas y divididas»[6]. El punto de partida eran los individuos como integrantes de la humanidad pero el de llegada es la humanidad como conjunto de comunidades, sin que la transición de uno a otro concepto sea clara. Las pretensiones justificatorias y no explicativas del racionalismo iusnaturalista -no en vano tachado de abstracto en este punto por el historicismo posterior- permiten comprender cómo no sólo Locke, sino también Hobbes, Pufendorf o Spinoza dan una imagen vaga y formal del paso del estado de naturaleza a la sociedad civil, que viene explicado -en realidad, justificado- por una u otras razones prudenciales o morales, pero que carece de explicación propiamente dicha en términos históricos o sociales y, por tanto, prescinde de los elementos que más tarde se considerarán identificadores de la nación, como la lengua, la religión, las tradiciones populares, el folklore, etc.

Con todo, por debajo de lo que, más o menos a las claras, los expedientes del estado de naturaleza y del contrato social tendían a justificar, quedaba oculta la realidad de las comunidades históricamente constituidas, que los iusnaturalistas racionalistas parecen dar por supuestas[7]. Eso explica, por ejemplo, que en

---

[6] *Segundo tratado...* cit., n. 128, ed. cit., p. 295.

[7] Que yo sepa, únicamente Spinoza -y, desde luego, Rousseau, por tantos conceptos tan atípicos en el marco de esa doctrina- parece sugerir un tamaño ideal, más bien reducido, de un Estado monárquico bien gobernado *(Tratado político,* VI, n. 15, ed. cast. de Atilano Domínguez, Madrid, Alianza, 1986, p. 128), pero no da razones de ello y podría tratarse de una indicación meramente *ad exemplum* (en realidad, además, Spinoza piensa en un mínimo de ciudadanos más que un máximo -cf. *ibidem,* VI, nn. 9 y 32, ed. cit., pp. 126 y 137). En Rousseau, en cambio, la sociedad civil ideal no sólo ha de ser pequeña, sino que ha de tener un máximo de ciudadanos, como exigencia derivada de la democracia

este otro texto de Locke se salte de la humanidad a un pueblo políticamente constituido sin solución de continuidad: «El fin del gobierno es el bien de la humanidad [*Mankind*] y ¿qué será lo *mejor para la humanidad,* que el *pueblo* se vea expuesto constantemente a la voluntad ilimitada de una tiranía, o que los gobernantes..., etc.?»[8]; o estos dos textos de Thomas Paine, pertenecientes a la misma obra, el primero: «Cada generación es igual en derechos a las generaciones que la precedieron, por la misma regla por la que cada individuo ha nacido igual en derechos a sus contemporáneos»; y el segundo: «La soberanía monárquica, enemiga de la humanidad y fuente de miseria, es abolida; y la soberanía misma es restablecida en su lugar natural y original: la nación»[9]. Ese salto casi imperceptible pero inmenso entre los individuos y los ciudadanos fue consagrado definitivamente por la *Déclaration des droits de l'homme et du citoyen* de 1789, cuyo comienzo radicalmente individualista («Los hombres nacen y permanecen libres e iguales en derechos...», art. 1.º; «La meta de toda asociación política es la conservación de los derechos naturales e imprescriptibles del hombre», art. 2.º) era inmediatamente matizado en el art. 3.º: «El origen de toda soberanía reside esencialmente en la nación».

Es cierto que en el iusnaturalismo racionalista (y en Kant) cabe replicar que se universaliza la fórmula Estado, o, para ser más preciso, se universalizaban los derechos del hombre a través de su reconocimiento por distintos Estados: «La idea de una constitución en armonía con los derechos naturales del hombre, a saber, aquella en que los que obedecen a la ley, al mismo tiempo, reunidos, deben dictar leyes, se halla en la base de todas las formas de Estado»[10]. De este modo, se diría que no se incumplían los requisitos de universalización del punto de vista ni del contenido, sin introducirse referencias particulares, al menos de modo expreso. Sin embargo, esa ausencia de referencias particulares era sólo posible al precio de una doble abstracción, creída cierta al menos en el plano del deber ser ideal, y tal vez también en el del

---

directa impuesta por la naturaleza de su contrato social, para el que sólo es apto el pueblo «en que cada uno de sus miembros puede ser conocido de todos» *(Del contrato social* cit., II, X, p. 56).

[8] *Segundo tratado...* cit., n. 229, ed. cit., pp. 371-2; el segundo subrayado es mío.

[9] *Los derechos del hombre,* trad. cast. de Agustín Jiménez, Madrid, Doncel, pp. 47 y 135.

[10] «Si el género humano se halla en progreso constante hacia mejor», en *Filosofía de la historia,* ed. cast. de Eugenio Imaz, México, Fondo de Cultura Económica, 1941, p. 113.

ser histórico: en primer término, que todo individuo forma parte de una comunidad política que protege sus derechos de manera suficiente; y, en segundo término, que cada comunidad política está en una relación de suficiente igualdad con las demás como para evitar la ruptura del equilibrio y, como consecuencia de ello, la dominación de unas comunidades por otras e incluso la guerra entre ellas. Esta doble abstracción cristalizará en las condiciones para la constitución de una confederación de Estados republicanos que Kant propone como ideal futuro en *La paz perpetua*. Pero, entre tanto, la quiebra de cualquiera de las dos exigencias había de conducir a la negación de la universalidad de los derechos individuales genéricamente proclamados.

En efecto, por un lado, la violación de los derechos de un individuo por parte de una comunidad ajena da lugar, en última instancia, a una causa lícita de guerra para el Estado del que aquel individuo forma parte: considerada por Locke toda comunidad política como «un solo cuerpo en estado de naturaleza respecto a todos los estados o personas ajenas a dicha comunidad», se sigue que «las controversias que tienen lugar entre cualquier persona de esa sociedad con otros que estén fuera de ella, las asume como propias la comunidad; y el daño que se comete contra un miembro de ese cuerpo, compromete en su reparación a todo el conjunto»[11]. Por otro lado, la situación de estado de naturaleza -y, consiguientemente, de guerra al menos potencial- entre los distintos Estados excluye el reconocimiento de los derechos de los individuos que no pertenecen a la propia comunidad política y, en los iusnaturalistas menos liberales, permite sin más la violación de los derechos de los extranjeros.

El ejemplo más claro de la versión débil, meramente pasiva, de esa exclusión de derechos lo proporciona el único contenido del derecho cosmopolita que Kant concede a los individuos en la futura e ideal situación de paz perpetua garantizada por la comunidad de Estados republicanos confederados: el «derecho de visitante, que a todos los hombres asiste: el derecho a presentarse en una sociedad»[12]; «derecho del ciudadano de la tierra a intentar la comunidad con todos y a *recorrer* con esta intención todas las regiones, aunque no sea éste un derecho a *establecerse* en el suelo de otro pueblo (*ius incolatus*), para el que se requiere un contrato especial»[13]. Por su parte, Samuel Pufendorf recomendaba las

---

[11] *Segundo tratado...* cit., n. 145, ed. cit., p. 311.

[12] *La paz perpetua,* trad. cast. de F. Rivera Pastor, Madrid, Espasa-Calpe, p. 114.

[13] *Principios metafísicos de la doctrina del derecho,* n. 62, en *La metafísica*

leyes suntuarias para obligar a ahorrar, «especialmente cuando se trata de transferir la riqueza de los ciudadanos a los extranjeros»[14].

En cuanto a la versión fuerte y activa, que llega a admitir la violación de los derechos más básicos, las consecuencias últimas a que podía conducir el reconocimiento de los derechos universales a través de Estados particulares las había extraído Hobbes con su férrea lógica: «infligir un daño cualquiera a un individuo inocente que no es un súbdito, si ello se hace para beneficio del Estado y sin violación de ningún convenio previo, no es un quebrantamiento de la ley de la naturaleza [...]... en la guerra, la espada no hace distingos, ni tampoco los hace el vencedor entre culpables e inocentes, como ocurría en tiempos pasados, ni respeta el principio de la caridad como no sea que conduzca al bien de su propio pueblo»[15]. Y el mismo Spinoza no dejó de hacerse eco de Hobbes también en este punto cuando sostuvo que «la justicia y la injusticia sólo son concebibles en el Estado»[16], y que «enemigo es todo aquel que vive fuera de la ciudad, ni como confederado ni como súbdito. [...] y el derecho de la ciudad contra quien no reconoce su gobierno con ningún tipo de contrato es el mismo que contra quien le ha inferido un daño. De ahí que la ciudad tiene derecho a obligarlo, de cualquier forma que le sea posible, a someterse o a confederarse»[17].

Los derechos del hombre, así, se poseerán en la medida en que estemos ante un ciudadano y sólo dentro del ámbito de la correspondiente ciudad, esto es, del correspondiente Estado. Hay, en suma, en la tradición del iusnaturalismo racionalista un paso desde el cosmopolitismo anunciado en el punto de vista que adopta en el procedimiento de justificación de los derechos naturales, universales también por sus sujetos, hasta el estatalismo aceptado o proclamado que rebaja drásticamente las expectativas de aquel cosmopolitismo y limita, cuando no niega, la atribución universal de tales derechos a todos los hombres. Es difícil resistir la tentación de sugerir el paralelo de ese paso con la quiebra que también se opera en esa misma tradición entre la abstracta atribu-

---

de las costumbres, ed. cast. de Adela Cortina y Jesús Conill, Madrid, Tecnos, 1989, p. 193.

[14] *De la obligación del hombre y del ciudadano según la ley natural en dos libros,* II, XI, 11, ed. cast. de la Universidad Nacional de Córdoba, Argentina, 1980, p. 238.

[15] *Leviatán,* cap. 28, ed. cast. de Carlos Mellizo, Madrid, Alianza, 1989, p. 254.

[16] *Tratado político,* II, n. 23, ed. cit., p. 97.

[17] *Tratado teológico-político,* XVI, ed. cast. de Atilano Domínguez, Madrid, Alianza, p. 342.

ción de derechos a todos los hombres y su concreta atribución sólo a los varones, que Spinoza ejemplifica con claridad: «las mujeres no tienen, por naturaleza, un derecho igual al de los hombres, sino que, por necesidad, son inferiores a ellos. No puede, por tanto, suceder que ambos sexos gobiernen a la par y, mucho menos, que los varones sean gobernados por las mujeres»[18].

Tampoco es fácil determinar hasta qué punto, después, los iusnaturalistas racionalistas fueron conscientes de que, de hecho, no todos los hombres, sino sólo los ciudadanos de un Estado libre y bien ordenado eran susceptibles de realizar el modelo político-moral propuesto por su doctrina. En todo caso, los límites de ese modelo han terminado siendo más o menos expresamente aceptados, bajo una presuposición eurocéntrica u occidental, por algunos modernos -o postmodernos- defensores de los derechos humanos, que con ello han reconocido el particularismo del punto de vista pretendidamente universalista de sus teorías de la justicia y de los criterios obtenidos a partir de él, y según los cuales los titulares de los derechos básicos ya no son todos los hombres, sino sólo los que viven en una situación cultural, política y económica apropiada para garantizarlos. Creo que será suficiente ejemplificar este reconocimiento del particularismo por el liberalismo no utilitarista contemporáneo en tres autores: Rawls, Nagel y Nino.

John Rawls, en efecto, no sólo ha construido sus principios de justicia pensando en la organización política de sociedades ya constituidas[19], sino que únicamente considera aplicable su propuesta en las sociedades que han alcanzado un cierto grado de desarrollo político, económico y cultural, esto es, en las sociedades democráticas modernas u occidentales, aquellas que «tienen sus orígenes en las guerras de religión que siguieron a la Reforma y en el desarrollo subsiguiente del principio de tolerancia, así como en la aparición de gobiernos constitucionales y de grandes economías industriales de mercado»[20]. Todo lo

---

[18] *Tratado político,* XI, n. 4, ed. cit., p. 223.

[19] Como ha dicho expresamente el mismo Rawls, «la concepción que en otro lugar ha llamado «justicia como equidad» es una concepción política [...] que parte de la idea intuitiva fundamental de la sociedad política como un sistema equitativo de cooperación social entre ciudadanos considerados como personas libres e iguales, *nacidos en la sociedad en que se supone han de desarrollar el curso completo de sus vidas»:* «The Idea of an Overlapping Consensus» (1987), trad. cast. de J. C. Bayón, «La idea de un consenso por superposición», en Betegón y De Páramo (comps.), *Derecho y moral. Ensayos analíticos,* Barcelona, Ariel, 1990, p. 68, subr. mío; cfr. también «Justice as Fairness: Political not Metaphysical», *Philosophy and Public Affairs,* vol. 14, 1985, pp. 223-225.

[20] *Ibidem,* p. 66.

cual ya estaba anunciado problema de los deberes positivos generales y, en particular, el de

indiciariamente en *A Theory of Justice* al menos en dos formas: una, por la distinción entre la «concepción especial de la justicia» y la «concepción general», por la que en la concepción especial los dos principios se ordenan lexicográficamente -de forma que, dicho en palabras pobres, la igualdad de bienes queda subordinada a la libertad- y se aplican sólo cuando existe el suficiente desarrollo social y económico como para permitir el disfrute de las libertades básicas, mientras que en la concepción general el principio de diferencia toma la delantera y se autoriza a sacrificar libertades para salvaguardar el bienestar económico de los peor situados; y otra, por las escasas referencias a la justicia en el ámbito internacional, reducidas, básicamente, a sustentar la licitud moral de las guerras defensivas -que Rawls acomete, y el detalle no es menor, desde la perspectiva interna al Estado de la objeción de conciencia-, sin observaciones al problema de la transferencia de recursos al tercer mundo para garantizar los derechos básicos de todos los hombres[21].

Thomas Nagel, por su parte, ha propuesto limitar el alcance del punto de vista universalista distinguiendo entre, de un lado, las «demandas más generales de asistencia y restricción que los otros seres humanos nos dirigen» a través de instituciones sociales y políticas y, de otro lado, la organización de nuestras vidas individuales «de acuerdo con nuestros afectos, compromisos y caprichos más personales»; y ello con objeto de sostener que «(p)ara la mayoría de nosotros sería una intromisión intolerable tener que vivir [coercitivamente] según una moral que nos exigiera justificar todo lo que hiciésemos, en tanto afectase a otros, en términos que pudiesen ser defendidos desde un punto de vista impersonal»[22]. Detrás de esta observación no es difícil entrever el la ayuda a los países pobres, si bien es necesario advertir que Nagel ha defendido como obligación moral de justicia y no de mera caridad la de que los ricos contribuyan contra la «desigualdad radical» que comportan necesidades extremas como las impuestas por el hambre[23].

---

[21] Para una evaluación crítica de esta perspectiva desde un punto de vista liberal, corrigiendo a Rawls con Rawls, puede verse Charles R. Beitz, «Justice and International Relations», *Philosophy and Public Affairs,* vol. 4, n. 4, 1975, pp. 360-89 (recuperado en *Political Theory and International Relations,* Princeton, N. J., Princeton University Press, 1979) y Giuliano Pontara, «Neocontractualismo, socialismo y justicia internacional», en Bobbio, Pontara y Veca, *Crisis de la democracia,* Barcelona, Ariel, 1985, pp. 70-82.

[22] «Moral Conflict and Political Legitimacy» (1987), trad. cast. de J. L. Colomer, «Conflicto moral y legitimidad política», en *Derecho y moral. Ensayos analíticos* cit., p. 104.

[23] «Poverty and Food: Why Charity is not enough», en Peter G. Brown y

Carlos Nino, en fin, en un artículo dedicado precisamente al contraste entre comunitarismo y liberalismo en el que critica, entre otras, las dos anteriores posiciones como cesiones excesivas e indebidas ante el ataque comunitarista, se muestra sin embargo dispuesto a admitir dos correcciones a la presentación tradicional de la posición liberal que, según él, la reforzarían: la primera, que el punto de vista liberal está asociado a circunstancias históricas concretas (la práctica social de la discusión moral, práctica que, sin embargo, exigiría internamente la adopción de un punto de vista universalista); y la segunda, que detrás de la defensa liberal de los derechos básicos hay una concepción del bien previa, que Nino sitúa en el valor de la autorrealización de los individuos[24]. Las dos cesiones son sustantivas, sobre todo si se consideran conjuntamente: una vez unidas, y con independencia de que sean obligadas o no, parece legítima la duda de si Nino saca todas las consecuencias debidas de ellas, y en especial la conclusión de que presuponen la existencia y el valor de la cultura occidental, es decir, un referente particularista, que incumpliría el requisito universalista que esa misma cultura atribuye a la moral: en efecto, si según el punto de vista liberal derechos como la libertad de expresión, la tolerancia religiosa e ideológica, etc., se fundamentan en el valor de la autonomía como autorrealización es, probablemente, porque se está presuponiendo un modo de vida en el que la diversidad individual y de opiniones, creencias, religiones, etcétera, es parte de la cultura, ha constituido y conformado la visión moral de los individuos que participan de ella, se halla institucionalizada y, en fin, sería un

---

Henry Shue, *Food Policy. The Responsability of the United States in the Life and Death Choices,* Nueva York, The Free Press, 1977, pp. 54-61.

Aunque este escrito precede en diez años al citado en la nota anterior, no es lógicamente forzoso que el último comporte un cambio de opinión respecto del problema del hambre en el tercer mundo. El párrafo conclusivo del primer escrito sugiere ciertas cautelas que tal vez anuncien las restricciones del segundo: «Si los ricos deberían dar más de lo necesario para combatir la desigualdad *radical* -si deberían tomar como objetivo una igualdad más general- es una cuestión que no trataré. [...] Una redistribución de este tipo exige poner en marcha un sistema universal obligatorio, y eso no depende de la suma de decisiones individuales. Tal vez algún día exista tal sistema. Pero hasta entonces hay mucho que hacer para mejorar los peores efectos de esas desigualdades radicales producidas por la actuación sin obstáculos de la economía de mercado internacional» (p. 61).

[24] «Liberalismo "versus" comunitarismo» cit., pp. 369-76, en *El constructivismo ético* cit., pp. 144-52.

deber moral proteger[25].

[25] Según Nino, «si bien la autonomía de uno no tiene valor impersonal si se hace a costa de la menor autonomía de otros, la distribución imparcialmente aceptable de la autonomía no puede llegar a que lo que se distribuya ya no sea

Las cesiones que han hecho teóricos de los derechos humanos como los anteriores tienden a converger con las críticas que Charles Taylor ha formulado para mostrar la debilidad del liberalismo individualista. En efecto, a diferencia de MacIntyre, que tiende a añorar y a proponer la restauración de comunidades más reducidas en las que puedan ejercerse distintos modelos de vida y de virtud[26], Taylor conecta la idea de comunidad a la que particularmente se adhiere con los ideales liberales occidentales, si bien afirmando en todo caso la prioridad de los deberes comunitarios respectivos sobre los derechos individuales[27]. Se diría que a partir de puntos inicialmente distantes las cesiones liberales comentadas colocan a los citados defensores de los derechos humanos en un *continuum* con algunos comunitaristas, más que en bandos opuestos[28].

La piedra de toque para distinguir y separar el valor normativo del individualismo universalista de cualquier defensa particularista de unas u otras comunidades pasa nada menos que por el problema crucial de la relación entre hecho y valor en ética. Las dos razones fundamentales que cabe conjeturar tras el «retroceso» al comunitarismo son, de un lado, la presunta imposibilidad fáctica de las propuestas universalistas y la consiguiente

---

autonomía» («Liberalismo "versus" comunitarismo» cit., p. 376, en *El constructivismo ético* cit., p. 151). Si se tiene en cuenta que el acento del criterio de Nino -es decir, el límite más allá del cual no consideraría aceptable restricción alguna- se encuentra en la segunda frase, se diría que su solución a los posibles conflictos entre autonomía (de algunos) y, por ejemplo, subsistencia básica (de otros) es más particularista que universalista. Entendida la autonomía como capacidad personal de realización efectiva de los propios planes, podría ocurrir -y no cabe excluir que sea hoy efectivamente el caso- que, dada una determinada extensión de la población humana y de los recursos disponibles, lo que hubiera que distribuir imparcialmente fueran los medios de subsistencia básicos, es decir, bienes por debajo de lo que puede considerarse autonomía de todos y en detrimento de la autonomía de algunos.

[26] «The Rigth to Die Garrulously», en Ernan McMullin (comp.), *Death and Decision,* Boulder (Colorado), Westview Press, 1978, p. 84; y *Tras la virtud* trad. cast. de Amelia Valcárcel, Barcelona, Crítica, 1987, p. 322.

[27] «El atomismo», en *Derecho y moral. Ensayos analíticos* cit., pp. 120-4.

[28] Esta observación debe entenderse no como una calificación condenatoria, sino como una llamada a la no simplificación a propósito del alcance político de la polémica entre comunitaristas y liberales. Es tentador hablar de dos culturas occidentales: de un lado, la de la ambigua y tortuosa línea basada en los polimorfos y en todo caso conflictivos ideales universalistas de libertad e igualdad individuales, y, de otro lado, la de la búsqueda, típicamente particularista, del orden en la nación y de su engrandecimiento exterior. Sin embargo, como he intentado mostrar, ambas están mezcladas, aunque en distintas proporciones, en el desarrollo histórico de la doctrina de los derechos humanos (y no sólo, también en el utilitarismo).

reluctancia hacia la

utopía, bien por razones institucionales e históricas (como la irrealizabilidad de un gobierno mundial o la imposibilidad de obtener consenso entre y dentro de los países del norte para llevar a cabo políticas solidarias con el sur, etc.), bien por razones más abstractas directamente atribuidas a una supuesta naturaleza humana, vista ahora como constitución o calificación del sujeto y sus caracteres; y, de otro lado, la insoslayable aunque parcial presencia de hechos (sentimientos, cultura, etc.) en los criterios morales, por la que, como vio Hegel respecto de Kant, la formalidad racional del imperativo categórico sólo puede recibir contenido comprometiéndose con una cultura y, por tanto, siendo hija de su tiempo (un motivo teórico éste que vuelve a aparecer en la crítica a la perspectiva atomista de los derechos humanos, que presupondrían o bien, según Sandel, un concepto de hombre desinteresado, vacío y desencarnado insuficiente para sus propuestas solidaristas[29], o bien una prioridad moral de los deberes de pertenencia a una cultura comunitaria que, según MacIntyre, es lo que sustenta y fundamenta la motivación ética y la existencia misma de la moral[30] y que, según Taylor, tiene valor superior y precedente a los intereses de los individuos que pertenecen a ella)[31].

Reductiva y simplificadamente, el contraste anterior puede sintetizarse en la diferente posición sustentada ante un supuesto rara vez explícito pero, a mi modo de ver, esencial en toda esta polémica: la posibilidad de una comunidad universal de individuos, aunque sea sólo en la versión débil por la que tal comunidad se configura indirecta o mediatamente a través de la relación cooperativa entre las distintas comunidades particulares[32]. En efecto, incluso si se admite que la existencia de una comunidad es constitutiva de la moral, ese supuesto no socavará el universalismo en tanto que entre, y sobre, las comunidades posibles

---

[29] *Liberalism and the Limits of Justice,* Cambridge, University Press, 1982, esp. caps. 3 y 4.

[30] *Is Patriotism a Virtue?* Department of Philosophy, University of Kansas, 1984, pp. 811.

[31] Un intento de fundamentar los derechos humanos en este último terreno es el emprendido por Alison Dundes Rentein, que los propone no ya como criterios *reconocibles* universalmente, sino como basados en criterios *existentes* en todas las culturas y tiempos, lo que los salvaría de paso de la crítica de imperialismo cultural (*International Human Rights. Universalism Versus Relativism,* Newbury Park-Londres-Nueva Delhi, Sage Publications, 1990, p. 47).

[32] En esta última línea, cf. Beitz, *Political Theory*... cit., esp. pp. 169-76, y Janna Thompson, *Justice and World Order. A Philosophical Inquiry,* Londres y Nueva York, Routiedge, 1992, esp. cap. 9.

se considere la propia comunidad de todos los hombres, que operaría como referente común y básico relacionado con la salvaguardia de la

dignidad humana. Y, de este modo, aunque se defienda una posición individualista basada en la idea de justicia, esa convicción no podrá ser consecuentemente universalista en tanto que no se considere posible alguna forma de cooperación entre todos los hombres y todas las comunidades que pueda garantizar la más amplia extensión de los derechos individuales proclamados[33].

En último término, la divisoria entre universalismo y particularismo puede formularse muy sencillamente según se suscriban o no estas opiniones de Hume: «En general, puede afirmarse que en la mente de los hombres no existe una pasión tal como el amor a la humanidad, considerada simplemente en cuanto tal y con independencia de las cualidades de las personas, de los favores que nos hagan o de la relación que tengan con nosotros. Es verdad que no existe criatura humana, e incluso sensible, cuya felicidad o desgracia no nos afecte en alguna medida cuando nos está próxima y su situación viene representada en vivos colores. Pero esto proviene simplemente de la simpatía; no hay prueba alguna de la existencia de una tal afección universal hacia la

---

[33] Lo digo sólo indiciaria y dubitativamente, pero el decidido rechazo de Rawls de la conveniencia de un Estado mundial -que, según él, «sería una autocracia opresiva o se vería continuamente perturbado por guerras civiles declaradas o latentes entre regiones y pueblos» («La idea de un consenso por superposición» cit., p. 65, n. 3)- parece corroborar su posición particularista. Puede dejarse a un lado la extraña alternativa en que Rawls coloca al Estado mundial -si es que su «o» ha de entenderse disyuntivamente: o autocracia opresiva o guerras civiles-, que cabe suponer se produciría según tal Estado lograra o no monopolizar eficazmente el uso de las armas, esto es, según fuera o no efectivamente un verdadero Estado. Lo decisivo es que si bien sería ingenuo descartar la posibilidad de un Estado mundial opresivo, convertir esa posibilidad en inevitabilidad parece presuponer la creencia en que sólo la existencia de una pluralidad de Estados puede garantizar la libertad, al menos en algunos de ellos, y, junto a ello, la vieja y más general idea de que la identidad de un grupo no es sólo (o quizá en absoluto) un proceso afirmativo, sino también y necesariamente (o quizá exclusivamente) un proceso negativo, que no se puede producir más que por referencia reactiva frente a un grupo distinto. En cambio, quien cree en la posibilidad de una estructura mundial democrática -que, por tanto, debe dejar espacios de libertad para la más variada constitución de diferentes grupos menores, eso sí, con la prohibición de usar la fuerza entre ellos- parece que ha de admitir que es posible la adhesión cohesionada a un grupo cuya identidad se realiza sólo por afirmación y no por negación de grupo opuesto alguno. Por lo demás -frente a alguna vaga e inexplicada objeción, como la de Beitz (*Political Theory* cit., pp. 182-3)-, considero prácticamente evidente que para que los derechos individuales pudieran ser protegidos universalmente sería forzoso limitar las competencias estatales que conocemos históricamente y otorgar al menos la posibilidad de recurso efectivo por incumplimiento o violación de tales derechos a una organización supraestatal universal, que además debería contar con el monopolio coercitivo.

humanidad, dado que esta preocupación por el estado de las criaturas va más allá de las de nuestra propia especie»[34]. Aun cuando no se comparta la fundamentación de la moral en la sensibilidad, también la fundamentación racionalista necesita presuponer la posibilidad, si no del amor, sí al menos del respeto a toda la humanidad, esto es, a cualquier individuo, sea cual sea la posición en que se halle y, por tanto, el grupo al que pertenezca, como lo muestra este más esperanzador texto de Kant: «La comunidad -más o menos estrecha- que ha ido estableciéndose entre todos los pueblos de la tierra ha llegado hasta el punto de que una violación del derecho, cometida en un sitio, repercute en todos los demás; de aquí se infiere que la idea de un derecho de ciudadanía mundial no es una fantasía jurídica, sino un complemento necesario del código no escrito del derecho político y de gentes...»[35]. Y no me parece casual que la prioridad que Rawls concede a la estructura de libertades sobre el bienestar económico en su «concepción especial de la justicia» sea justificada expresamente bajo la «presuposición especial en la posición original, a saber, que las partes saben que las *condiciones de su sociedad,* cualesquiera que sean, admiten la *efectiva realización* de las iguales libertades», de forma que «sólo cuando las *condiciones sociales no permiten* el establecimiento de estos derechos es cuando se puede aceptar su limitación»[36]. Esta suposición, que podría denominarse el postulado de posibilidad, seguramente entronca con el principio «debe implica puede», en el sentido de que el discurso moral y, en general, normativo sólo tiene sentido dentro de lo fácticamente posible, excluyendo lo imposible y lo necesario.

Es plausible pensar que la gran atracción que el comunitarismo puede ejercer en la cultura occidental, y la gran tentación contra la perspectiva universalista de los derechos humanos, proviene de la absolutización de la historia implícita en el anterior postulado de posibilidad. No cabe olvidar que la realidad histórica está tan lejos de cumplir universalmente el ideal individualista de los derechos humanos que alimenta las dudas sobre la sensatez de su mantenibilidad, ni que nosotros vivimos en el lado afortunado del mundo, más o menos confortablemente instalados en comunidades, o, mejor, sistemas económico-políticos, que han refinado hasta lo indecible los modos de cumplimiento de ese ideal, mientras, en el mejor de los casos, contemplamos poco menos que pasivamente

---

[34] *Tratado de la naturaleza humana,* III, II, I (ed. Editora Nacional, pp. 704-5).

[35] *La paz perpetua,* tercer artículo definitivo, ed. de España Calpe, p. 117.

[36] *A Theory of Justice,* Cambridge (Mass.), Harvard University Press, 1971, p. 152, subr. míos.

la indigencia padecida en el otro lado respecto de los derechos más básicos. Por lo demás, no hace falta encarecer la elevadísima dificultad política de articular medidas radicales y efectivas de solidaridad exterior, que no podrían ser solamente económicas[37] ni llevarse a cabo por algún Estado en solitario, pues basta pensar que, en el interior de cada Estado occidental, y en tiempos de bonanza económica tanto o más que en los de borrasca, las preocupaciones y urgencias de los sindicatos y partidos de izquierda están antes en las relativas y menores desigualdades propias que en las absolutas y enormes necesidades de otros pueblos. ¿Algún grupo con la más mínima posibilidad electoral plantea en su programa seriamente un cambio relevante en esta línea? Los verdes europeos podrían ser los más cercanos a ello, pero sus propuestas, sin negarles altruismo, ¿no hacen una fuerte apelación al autointerés de los votantes? ¿no sería extraño lo contrario? ¿cómo podemos esperar un cambio en nuestros sistemas democráticos en favor de terceros? Y en cuanto a la eventualidad de que los cambios puedan venir, antes que de la supuestamente altruista ayuda occidental, de las exigencias y luchas por parte de los pueblos pobres, es muy de temer que ello acentuaría los componentes más particularistas y tribales de las naciones demandadas y, en el peor de los casos, desembocaría en una salida bélica[38].

La posibilidad que Rawls parece postular es, como en las observaciones precedentes, de carácter social, lo que, una vez generalizado, implicaría reconocer como relevante para excluir un modelo moral de contenido universalista la existencia de creencias, tradiciones, intereses y estructuras políticas humanas particulares, que operarían como límites naturales más o menos similares a los que Rousseau supuso en su observación crítica, tan arracionalista como antiutopista, frente al Abbé de Saint Pierre: «Yo creía tener tesoros en los manuscritos que me había dado el conde de Saint-Pierre [...], pero el estudio profundo de sus obras de política no me mostró más que consideraciones superficiales, proyectos útiles pero impracticables por causa de la idea, de la que el autor no ha podido salir nunca, de que los hombres se

[37] Uno de los problemas más graves de los países pobres procede del círculo vicioso por el que las ayudas a su desarrollo exigen una estructura y una cultura políticas democráticas en los países receptores que limite la corrupción, mientras que el desarrollo económico es también condición de la democracia.

[38] En relación con lo anterior, puede verse una valiosa reflexión sobre fenómenos como la xenofobia, el racismo y el nacionalismo esencialista en Europa y España en Javier de Lucas, *Europa: ¿convivir con la diferencia? Racismo, nacionalismo y derechos de las minorías,* Madrid, Tecnos, 1992.

conducen por sus luces más bien que por sus pasiones. [...] Este hombre raro, honor de su siglo y de su especie, y tal vez el único, desde la existencia del género humano, que no tuvo otra pasión que la de la razón, no hizo, sin embargo, más que caminar de error en error en todos sus sistemas, por haber querido hacer a los hombres semejantes a él, en lugar de tomarlos tal y como son y como continuarán siendo»[39]. Pero cuando la argumentación ética se entrelaza, como aquí, con la ontología -lo que, dicho sea de paso, comporta que las propuestas éticas exijan metafísica y no puedan ser sólo política, como ha pretendido Rawls-, es el momento de pasar al modo condicional: si se defiende una teoría moral fundada en la idea de derechos humanos, parece preciso suponer que las condiciones sociales del presente son susceptibles de transformación, por muy difícil y lenta que, a falta de ingenuidad y de creencia en una providencia natural garante del progreso moral, se considere.

Por lo demás, la línea divisoria clave entre comunitaristas e individualistas pasa por el sujeto de imputación último de la respectiva teoría moral: mientras para aquéllos es el grupo, para éstos es el individuo y su esfera de derechos básicos, de modo que aquí los grupos no son valiosos en sí mismos sino instrumentales o en todo caso derivativos, y, así, los deberes hacia ciertos grupos, que son perfectamente reconocibles y justificables en este tipo de posiciones, dependen bien de su contribución al respeto a los individuos y de sus necesidades e intereses, bien del valor que los individuos mismos dan a la pertenencia a tales grupos. Por su parte, también los deberes que fundamentan tales derechos son asunto primariamente individual y si bien la falta de instituciones apropiadas puede hacer insuficiente e, incluso, inviable la protección de dichos derechos, precisamente la creación y mantenimiento de tales instituciones es también parte sustantiva de los deberes individuales concernidos cuando se acepta la existencia de los derechos humanos.

El desafío a los derechos humanos por parte del comunitarismo puede ser más o menos relevante cuando el contenido que se atribuye a tales derechos es sólo el de la tradicional igualdad ante la ley y de seguridad y libertad negativa (prohibición de torturas y de encarcelamiento arbitrario, libertades de expresión, asociación, movimiento y similares), todo ello dentro del marco estatal. Pero es decisivo y radical si se considera, como creo que resulta obligado, que entre los derechos humanos más elementales han de contarse

[39] *Les confessions,* en *Oeuvres complètes,* I, dir. por B. Gagnebin y M. Raymond, Paris, Gallimard, 1959, p. 422.

el de subsistencia básica (vida, alimentación y vivienda, como condiciones elementales de disfrute de cualquier otro derecho) o, más allá todavía, el derecho a la libertad como posibilidad efectiva de ejercicio de la autonomía de todos para la realización de sus planes de vida básicos o, dicho de otro modo, el derecho a las condiciones económicas y culturales necesarias para realizar la autonomía básica digna de cualquier persona (donde, por ejemplo, la aplicación del principio de diferencia llevaría a transferencias de la riqueza internacional que alterarían radicalmente los *modos* de vida occidentales[40]).

Los tres campos prácticos principales donde se libra esta disputa son, por simplificarlo en sus referentes más inmediatos, sabiendo que son en realidad interdependientes: a) el de las relaciones entre Estados, donde, por un lado, para garantizar la soberanía estatal y la paz y la seguridad internacionales se ha tendido a excluir la intervención en asuntos internos de Estados que violan gravemente los derechos humanos, y, por otro, para mantener la dependencia o la explotación, especialmente económicas, siempre está abierto en último término el recurso a la guerra en favor de los más fuertes; b) el de las relaciones entre pueblos, donde el control de la inmigración por los países más ricos y el desequilibrio de los flujos económicos entre el sur y el norte son regulados por la mano cuando menos amoral del mercado, apoyada por una estructura política internacional favorable al desigual *statu quo;* y c) el de las relaciones entre las generaciones actuales y las futuras, donde el desperdicio, el deterioro y el simple gasto de los recursos y condiciones naturales puede comprometer la vida futura de individuos que, aunque pertenecientes a una humanidad eventual y potencial, no es razonable excluir del referente universalista al que apelan los derechos humanos. En los tres aspectos están en juego criterios y decisiones que parecen implicar necesariamente consideraciones particulares de lugar y de tiempo que, para mantener el alto grado de realización efectiva de los derechos antes citados en el norte occidental, desmienten el punto de vista universalista e incumplen la promesa de titularidad efectiva de los derechos humanos por parte de todos los hombres. Cierto que los hombres y la historia, por su parte, son tozudos y brutales y suelen resistirse, con mayor o menor éxito según los casos, a las buenas razones. Pero, aun descontando las imposibilidades y contando con la utopía como ideal inalcanzable pero

[40] Cfr. Juan-Carlos Bayón, «Los deberes positivos generales y la determinación de sus límites (Observaciones al artículo de Ernesto Garzón Valdés)», *Doxa. Cuadernos de Filosofía del Derecho,* n. 3, 1986, pp. 51-52.

regulador, el espacio de la moral exige creer que las cosas pueden ir mejor de como van.

Tal vez el asunto podría resumirse diciendo que, para el pensamiento occidental, los ideales ilustrados y humanistas se han podido mantener a costa de mucha abstracción y alguna buena conciencia, mientras que cierta crítica comunitarista representa y prefigura el momento de la toma de conciencia de una realidad concreta mucho más distante de aquellos viejos ideales de lo que nunca pudo haber parecido. No sé si dramatizo, pero tengo la impresión de que la posición comunitarista puede venir a hacer explícitos y a extremar ciertos presupuestos implícitos y más o menos soterrados de la tradición occidental relativos al orden en el interior y a la supremacía en el exterior, anunciando un mundo en el que, según ese punto de vista, no podríamos seguir haciéndonos ilusiones humanitarias y deberíamos elegir entre la buena pero falsa conciencia liberal y la identificación comunitaria que nos permitiría acomodar nuestros verdaderos intereses a nuestra verdadera conciencia (que seguiría siendo buena). Claro que, antes de volver al cálido seno de la tribu, gélido para el extraño cuando éste es más débil, también cabe pasarse al lado de las víctimas, con tal de que se haga de verdad y no sólo desde el púlpito, o bien mantener la mala conciencia del credo liberal en el que, a pesar de todo, algunos no podemos, o no queremos, dejar de creer.

SOLIDARIDAD Y DERECHO. LA SOCIOLOGÍA JURÍDICA DE LOS «CRITICAL LEGAL STUDIES»*

1. Los «Critical Legal Studies» en el panorama cultural americano[2]

Una de las características del panorama cultural de los Estados Unidos de América[3], en relación con el campo jurídico y político-jurídico, es algo que podríamos llamar intervención «sobre el terreno». Los teóricos y sociólogos americanos intervienen directamente sobre las «cosas», ya se trate de instituciones de Derecho privado, de manuales institucionales, de textos clásicos, de situaciones concretas, de cuestiones filosóficas, de los discursos de los «mandarines del Derecho», de los curricula estudiantiles, o de las políticas de las facultades de Derecho[4], en una suerte de «fiesta de

*Del original en italiano publicado en la revista *Democrazia e Diritto*, año XXX, nº 5-6, septiembre-diciembre, 1990.

[2] Las páginas que siguen constituyen una primera aproximación al estudio de las principales posiciones teóricas del movimiento de los «Critical Legal Studies» (en adelante (Cls)). Como tales son sólo una primera introducción al conocimiento de algunas tesis fundamentales del movimiento, vistas a través de la exposición crítica de algunos ensayos relevantes para la historia del movimiento mismo. Espero, de todos modos, que a la expectativa de un trabajo más amplio, este artículo pueda ser una contribución útil, no sólo para los juristas sino también para los filósofos, sociólogos e historiadores. Este ensayo forma parte de una investigación sobre la filosofía político-jurídica estadounidense y es el resultado de varias estancias en diversas universidades americanas. Deseo agradecer su hospitalidad al Departamento de Filosofía de la California State University, en San Diego, y la Law School de la Washington University de San Luis, Missouri. Debo un agradecimiento particular al amigo y profesor Stanley L. Paulson por sus sugerencias en el curso de este trabajo y, *last but not least,* al Comité de Ciencias Jurídicas del Consejo Nacional de Investigaciones que ha financiado mi estancia en Estados Unidos.

[3] En el curso de este ensayo, cuando se refiera a los «Critical Legal Studies» (Cls) el adjetivo «Crítico» con mayúscula indicará siempre a los exponentes de las tesis del movimiento.

[4] Un elogio y una justificación del «localismo» de los Cls se encuentra en

la concreción» que asombra más cuanto más parece tener que ver, especialmente en los estudios jurídicos Críticos (Cls), con posiciones fundadas sobre opciones éticas y políticas concretas.

Diré que esta concreción, esta atención a los sucesos, a los hechos, bajo el presupuesto de que incluso una corriente filosófica es un hecho, un hecho social que se explica, se interpreta y eventualmente se «critica», es lo que insufla vida a los diferentes movimientos de pensamiento americano en el campo jurídico, tanto que hasta un texto de literatura se desguaza, en algunos análisis, como un hecho, repleto de otros hechos y de líneas de pensamiento completas.

No se escribe, en definitiva, sobre los libros de los demás, que a su vez son libros escritos sobre otros libros ajenos, en una especie de círculo vicioso, sino que cada cosa, y por lo tanto también el libro mismo, asume la forma de «contraparte» del discurso teórico.

Naturalmente, esto es más evidente en el movimiento etiquetado como «Law and Literature»[5], pero vale también para los Cls, como lo demuestran los análisis críticos de situaciones sociales concretas, tales como los realizados sobre la situación de inferioridad de grupos particulares de mujeres en ciertas ciudades americanas, o los análisis que Duncan Kennedy ha dedicado a un texto clásico de la tradición del *Common Law*, los *Commentaries* de Blackstone, así como, obviamente, las prácticas «locales» propugnadas por el movimiento.

Todo esto diversifica extraordinariamente el panorama cultural americano. Se va a dedicar atención a un movimiento específico de estudios jurídicos, pero ¿cómo no recordar otros que allí se desarrollaron, procedentes de diversas corrientes culturales y políticas, tales como «Law and Society», «Law and Literature», «Law and Economics», «Law as Interpretation»? No quiero decir

---

R. W. Gordon, «Critical Legal Studies», en *The Legal Studies Forum,* vol. 9, 1985, pp. 335-340. Cfr. A. Hunt, «The Theory of Critical Legal Studies», *Oxford Journal of Legal Studies,* vol. 6, 1986, pp. 27 y ss.

[5] R. A. Posner, *Law and Literature. A Misunderstood Relation,* Harvard University Press, 1988, pp. 177-178, observa que «el movimiento de los Cls coincide con el "law and literature movement" en dos puntos. Algunos de sus seguidores encuentran en la literatura una descripción vivaz del carácter y de los efectos represivos de las instituciones sociales, incluida la jurídica... Otros encuentran en las escuelas de crítica literaria contemporáneas, centradas en la figura del lector, un escepticismo interpretativo que piensan puede ser aplicado a los textos jurídicos con el fin de remover la idea según la cual el Derecho expresaría normas impersonales». Posner, como se sabe, es el máximo exponente de los estudios económicos del Derecho.

que debamos aprender acríticamente de los Estados Unidos de América. Como se verá, en muchos aspectos, incluso los «Critical Legal Studies» son un movimiento que no carece de escoria que en nuestra cultura, en Italia, ha sido desechada hace tiempo. Sin embargo, que sean tan influyentes en las universidades americanas, que les dediquen tantos congresos, reuniones, números completos de revistas, nos hace pensar, sobre todo en un momento en el cual la visión crítica del Derecho y de la sociedad parece haber depuesto sus armas y haber cedido el paso a una aceptación acrítica de lo existente.

Debo decir que crea un cierto embarazo ver citados, en los textos de los estudiosos americanos, nombres que entre nosotros parecen olvidados, Carlos Marx y Antonio Granisci incluidos. Sin embargo, se trata de un hecho, un hecho que debe hacernos reflexionar también -pero no sólo- sobre la precipitación con la que se han metido en el trastero autores de los cuales, quizá, hoy, sólo hoy, se puede comenzar a aprender alguna nueva lección. El marxismo (sea ortodoxo o crítico) es un componente de los Cls, pero los Cls no son marxistas y es necesario prestar atención a esto. No se trata de herederos del sesenta y ocho que han conquistado posiciones importantes en prestigiosas universidades americanas, sino de estudiosos serios que se abandonan en ocasiones a intemperancias que algunos han calificado como «pueriles»[6]. Bienvenidas sean estas intemperancias si pueden servir para provocar discusiones y para crear momentos de reflexión crítica. Por lo demás se trata de un «movimiento», y es éste un aspecto que debe ser subrayado, porque de otro modo no se comprendería cómo en su interior pueden convivir tesis sociológicas, filosóficas y antropológicas, que a veces pueden resultar cualquier cosa menos uniformes.

No es fácil una exposición exhaustiva de los Cls, porque está desarrollándose en la actualidad una versión inglesa de este tipo de estudios, especialmente gracias a los análisis sociológico-jurídicos de Alan Hunt[7]. La escasa atención prestada en Italia a los Cls

---

[6] R. A. Posner, *op. cit.,* p. 358. El fragmento merece ser citado por entero: «Aunque muchos profesores de Derecho consideren a los Cls espantosos por su radicalismo y su pueril mala educación, estos estudios se instalan con demasiada claridad en el horizonte académico contemporáneo para ser ignorados».

[7] Cfr. P. Fitzpatrick; A. Hunt (eds.), *Critical Legal Studies,* Basil Blackwell, 1987; J. Eekelaar, «What is "Critical" Family Law?», en *The Law Quarterly Review,* vol. 105, 1989, pp. 244-261. Como en los Estados Unidos, también en el Reino Unido los Cls derivan de la escuela de Sociología del Derecho; sobre la Sociología jurídica en América y Gran Bretaña cfr. J. S. Sterling, «The State of American Sociology of Law», y R. B. M. Cotterrell, «Sociology of Law in

representa, en mi opinión, una laguna que no se quiere ni se puede colmar, pero que espero que en poco tiempo pueda ser menor, aunque sólo sea porque se van notando, en los mismos Cls, momentos de «autocrítica» que pueden probablemente llevar a la revisión de algunas posiciones extremistas, que han perjudicado al movimiento.

En las páginas que siguen intentaré esbozar unas líneas para una «introducción al estudio de los Critical Legal Estudies» que por las razones antes expuestas no puede ser más que una primera aproximación a un conocimiento más completo de este movimiento, que no representa sólo una línea de pensamiento jurídico sino también de pensamiento político y de pensamiento filosófico: «El movimiento de los estudios Críticos del Derecho -ha escrito su representante más notable, Roberto M. Unger- ha socavado las ideas centrales del moderno pensamiento jurídico y en su lugar ha colocado una concepción diferente del Derecho. Esta concepción implica una visión de la sociedad e informa una práctica de la política»[8].

Los Cls son un movimiento de estudios jurídicos claramente orientados a la izquierda[9], cuya génesis organizativa puede remontarse a la primera conferencia de crítica del Derecho celebrada en 1977[10]. Los Críticos ocupan posiciones de relieve en las univer-

---

Britain: its Development and Present Prospects», en V. Ferrari (ed.), *Developing Sociology of Law. A World Wide Documentary Enquiry,* Milano, Giuffré, 1990, pp. 805 ss. y 779 ss.

[8] R. M. Unger, *The Critical Legal Studies Movement,* Harvard University Press, 1986, p. 1. Para una discusión crítica de este trabajo de Unger, que es un auténtico «manifiesto» de los Cls, cfr. J. M. Finnis, «On critical Legal Studies Movement», en J. Eekelaar; J. Bell (eds.), *Oxford Essays in Jurisprudence, Third Series,* Oxford, Clarendon Press, 1987, pp. 145-165; J. W. Harris, «Unger's Critique of Formalism in Legal Reasoning: Hero, Hercules, and Humdrum», en *The Modern Law Review,* vol. 52, 1989, pp. 42-63.

[9] Duncan Kennedy, «Critical Labor Theory: A Comment», en *Ind. Rel. Law Journal,* vol. 4, 1981, pp. 503 y 506, define los Cls como «la emergencia de una *intelligentsia* de nueva izquierda comprometida a la vez con la teoría y la práctica, que crea una visión radical de izquierda en un terreno donde sólo existían variaciones sobre el tema de la legitimación del *status quo»* (N.T.: toda la cita en inglés en el original). «Asalto frontal» al edificio del pensamiento jurídico tradicional, definen a los Cls A. Hutchinson y Monahan, «Law, Politics and The Critical Legal Scholars: The Unfolding Drama of American Legal Thought», en *Stanford Law Review*, vol. 36, 1984, pp. 199-245. Cfr. A. Hunt, «The Theory of Critical Legal Studies», cit., pp. 1-45.

[10] Para una historia del movimiento y notas sobre sus miembros más conocidos cfr. J. H. Schlegel, «Notes Toward an Intimate, Opinionated, and Affectionate History of the Conference on Critical Legal Studies», en *Stanford Law Review,* vol. 36, 1984, pp. 391-411.

sidades americanas, incluso en las más conocidas, y no faltan exponentes del *establishment* que reclamen el alejamiento o que invoquen la dimisión de los «nihilistas» de los cargos que ocupan en las Law Schools[11].

Los Cls encuentran sus raíces en el realismo jurídico americano, en el marxismo crítico de la escuela de Frankfurt y en la perspectiva de Sociología del Derecho del «Law and Society Movement»; en ellos se entrecruzan líneas de pensamiento no siempre homogéneas, procedentes de distintas tradiciones culturales, aunque siempre de un modo o de otro políticamente radicales[12]. El aspecto que ha puesto a los Críticos bajo el fuego de sus adversarios ha sido un cierto vanguardismo iconoclasta[13], que en realidad sólo tiene que ver con algunos de ellos. En estas páginas dejaré a un lado estos aspectos para centrarme en los temas relevantes del movimiento, sobre las líneas de fondo de la empresa Crítica, y en primer lugar sobre la gran atención -que como veremos, tiene en sí misma una motivación teórica pero está llena de efectos prácticos- dedicada en el ámbito del movimiento (un movimiento de naturaleza sociológica) a las cuestiones de Filosofía, antes incluso que a las que tienen que ver con la Filosofía del Derecho. A las cuestiones de Filosofía entendida no tanto como «sistema» a construir y defender, sino como objeto a comprender. Los Cls carecen de una filosofía específica; de hecho se pasa de la fenomenología al estructuralismo

---

[11] «Cfr. P. Carrington, «Of Law and the River», en *Journal of Legal Education,* vol. 34, 1984, p. 222. Cfr. también el caso de Paul Bator, en Harvard desde 1959, que ha dejado la facultad justamente en polémica con la excesiva influencia del movimiento Crítico, que habría politizado la enseñanza: cfr, M. Sturn, «Bator To Take Chicago Post», en *Harvard Law Record,* 20 septiembre 1985, p. 1, así como el artículo del *New York Times,* 15 septiembre 1985, p. 58, col. 1, «A Professor at Harvard Law heads to West and Right». Cfr. también, más general, D. Margolick, «The Split at Harvard Law goes down at its foundation», *The New York Times,* 6 octubre 1985, E, col. 1; Lacayo, «Critical Legal Times at Harvard», en *Time,* 18 noviembre 1985, p. 97; J. Stuart Russell, «The Critical Legal Studies Challenge to Contemporary Mainstream Legal Philosophy», en *Otawa Law Review,* vol. 18, 1986, p. 2, notas 3-5.

[12] Los Cls son los herederos directos del realismo y del «Law and Society movement». Incluso ellos atacan desde la izquierda la complacencia del centro; niegan que el Derecho sea autónomo e insisten en las contradicciones dentro del sistema de reglas»: M. Tushnet, «Critical Legal Studies and Constitutional Law: An Essay in Deconstruction», en *Stanford Law Review,* vol. 36, 1984, pp. 623 y 626. El término «deconstrucción», que señala un momento importante de la actividad Crítica, muestra la influencia que incluso en el campo de los estudios jurídicos despliega en América la obra de Derrida.

[13] Cfr. D. Luban, «Legal Modernism», en *Michigan Law Review,* vol. 84, 1986, p. 1.675.

o al marxismo crítico. Pero al contrario de lo que

ha sostenido Hunt[14], la ausencia de una teoría precisa y de una filosofía determinada, lejos de suponer un punto débil de los Cls, representa, en mi opinión, su fuerza, aunque haga difícil la exposición de las tesis de un movimiento tan complejo[15].

2. Derecho y cambio social

Todo el movimiento de los estudios Críticos encuentra probablemente su punto inicial y su fuerza en un libro de uno de sus máximos exponentes, *Knowledge and Politics* de Roberto M. Unger, traducido y publicado hace unos años en Italia, sin que, a decir verdad, despertase demasiado interés[16]. Se trata de una tentativa radical de crítica al liberalismo, trata de individualizar la «estructura profunda» del sistema social, político e ideológico del liberalismo a partir de los albores de la época moderna. El propósito del libro, que no esconde sus raíces en la filosofía neokantiana alemana, de Rudolf Stammler a Max Weber y Emile Lask[17], es el de proporcionar una justificación para una teoría política capaz de superar la escisión entre individuo y comunidad -una escisión vinculada estrechamente a la visión que tiene la modernidad de la

---

[14] A. Hunt, «The Theory of Cls», *cit.,* pp. 37 ss.

[15] Mientras Peter Gabel conserva su enfoque fenomenológico originario, Duncan Kennedy declara explícitamente que su objetivo es «presentar al lector un método que podría llamarse estructuralista, o fenomenológico, o neomarxista, o las tres cosas a la vez». Duncan Kennedy, «The Structure of Blackstone's *Commentaries,* en *Buffalo Law Review,* vol. 28, 1979, p. 209.

[16] R. M. Unger, *Knowledge and Politics,* New York, Free Press 1975. Existe trad. cast. de L. Rodríguez Ozán. F.C.E., México, 1985. Se citan las páginas del original y de la traducción.

[17] Cfr. sobre este punto A. Hutchinson «Law, Politics and the Critical Legal Scholars: The Unfolding Drama of American Legal Thought», *cit.,* p. 234, nota 156; D. Luban, «Legal Modernism», *cit.,* que extiende la vinculación con el «modernismo neokantiano» a todo el movimiento de los CLS: ellos «son la forma que el modernismo asume en el pensamiento jurídico. Como el modernismo en Filosofía y en Sociología, socava los cimientos de nociones consolidadas, insistiendo sobre el hecho de que todo aquello que tenemos es algo que recreamos cotidianamente. Como una forma de modernismo los Cls sostienen que nuestra vida no tiene ningún significado fuera de las instituciones y de los procesos a través de los cuales nosotros la creamos y nos creamos a nosotros mismos. Así, en parte, el programa de los Cls es justificado en el modo en que lo son todos los programas modernistas: el programa consiste en remover formas de vida congeladas demostrando que no tienen ninguna integridad particular. Y cualquier cosa que vuelva eficaz esa demostración -deseos utópicos, análisis rigurosos de los textos jurídicos, propuestas concretas- forma parte del programa», M. Tushnet, «Critical Legal Studies: An Introduction to its Origins and Underpinnings», en *Journal of Legal Education,* vol. 36, 1986, p. 517.

relación entre hechos y valores, universales y particulares- con el fin de delinear la posibilidad de una comunidad no estructurada sobre relaciones de dominio y de un individualismo sin el ímpetu destructivo de los lazos sociales y de la solidaridad intersubjetiva que caracteriza a la modernidad liberal[18].

La tesis de Unger, esquemáticamente, es que la desintegración moral y el conflicto de valores propio del mundo occidental se arraigan en contradicciones situadas en esta «estructura profunda» de la sociedad liberal, que impone una consideración totalizadora del liberalismo: «no simplemente como un conjunto de doctrinas sobre la distribución del poder y de la riqueza, sino como una concepción metafísica del pensamiento y de la sociedad»[19]. El término «estructura profunda», tomado de Noam Chorrisky, se revela, de hecho, en Unger, como homólogo de «crítica total»: en la medida en que se hace la búsqueda de esta «estructura profunda» del liberalismo, de sus métodos, problemas y experiencias, se está haciendo crítica del liberalismo, crítica «total» de toda una tradición que ha estructurado no sólo el modo de pensar de sus seguidores sino también el de aquéllos que al hacer una crítica parcial de ella, en realidad han compartido, sin saberlo, y al menos en parte, las premisas de base.

Esta «estructura profunda» implica, por este motivo, asunciones teóricas antiilustradas[20] sobre la naturaleza del hombre y sobre su capacidad, sobre las relaciones hecho / valor y sobre la distinción universal / particular, que evidencian determinadas consecuencias antinómicas[21]. El fin que Unger se propone es la superación de estas antinomias que estructuran el pensamiento liberal (que privilegia siempre una sola parte de la antinomia: el individualismo, la regla, *rule of law,* etc.) y en particular la antinomia entre individuo y comunidad que caracteriza la situación no únicamente sociopolítica sino existencial del hombre moderno. Se trata de proyectar una comunidad (o más comunidades:

---

[18] Cfr. también R. M. Unger, *Passion. An Essay on Personality,* New York, The Free Press, 1984.

[19] R. M. Unger, *Knowledge and Politics,* New York, Free Press, 1975, p. 6; p. 13, trad. cast.

[20] A través de Unger la teoría Crítica del Derecho se basa en realidad «sobre la crítica del proyecto histórico de la ilustración», esto es, de un movimiento que ha intentado resolver de manera racional y consensual el problema del orden social: Cfr. A. Hunt, *op. cit.,* pp. 5-6.

[21] Como observa Gerald Frug, «el liberalismo no constituye una forma unitaria de interpretación del mundo; al contrario, es una concepción basada en la visión del mundo como una serie de dualismos complejos»: G. Frug, «The City as a Legal Concept», en *Harvard Law Review,* vol. 93, 1980, p. 1.075.

hay que recordar

que el «localismo», las prácticas locales, tienen relevancia en la actividad de los «Críticos») estructurada sobre una cuota mínima de dominio y, al mismo tiempo, un individualismo que carezca de la destructividad iconoclasta que define, al menos en parte, a la modernidad. Como escribe el mismo Unger, es necesario inventar relaciones sociales que escapen al dilema entre utopía (comunidad socialista) e idolatría (comunidad organicista de tipo conservador)[22].

Junto al texto de Unger de 1975, que sin duda debe considerarse el punto de partida del movimiento de los estudios jurídicos Críticos en mayor medida que el libro posterior *Law and Modern Society,* se pueden citar entre las fuentes de los Cls dos ensayos de otro de sus exponentes relevantes, Duncan Kennedy: hablo del largo artículo sobre los *Commentaries* de Blackstone y a «Form and Substance in Private Law Adjudication», de 1976, que delinea con mayor fuerza la tendencia solidaria del movimiento. Utilísimos para un conocimiento de algunas líneas fundamentales de los Cls son los libros de David Kayris (ed.), *The Politics of Law. A Progresive Critique,* de 1982, y el fascículo monográfico de enero de 1984 de la *Stanford Law Review,* dedicado en su totalidad a los temas del movimiento y que ha sido el número de revista jurídica más vendido en el territorio de los Estados Unidos de América.

En el volumen editado por Kayris, destaca el ensayo de Robert W. Gordon sobre «New Developments in Legal Theory», que me parece que es una buena llave de acceso a la maraña de tendencias y de temas presentes en los Cls. Gordon (que es un historiador del pensamiento jurídico) trata de identificar algunas de las motivaciones de los Críticos y de demostrar cómo sus experiencias personales pueden haberles impulsado a desarrollar una teoría de la Historia del Derecho que, recuperando la tradición progresista de la historiografía americana de autores como Beard y Parrington, hiciese de eje sobre aquella «estructura profunda» de la que hablábamos antes y se opusiese a la idea de la historia jurídica aprendida en las facultades de Derecho. Muchos, a finales de los años sesenta, estaban sorprendidos por dos aspectos de las relaciones entre el Derecho y el «mundo real»: en primer lugar por el hecho de que el Derecho no estuviese bien sintonizado con las necesidades sociales: mientras la sociedad parecía atravesar un período de turbulencias, el curriculum de los estudios jurídicos parecía estar completamente desgajado de la realidad; en segundo lugar, por el hecho de que las victorias de la izquierda jurídica habían sido

[22] R. Unger, *Knowledge and Politics,* cit, p. 288; p. 289 trad. cast.

alcanzadas con costes demasiado altos para tener a fin de cuentas impacto marginal. ¿No era esto una demostración de que la capacidad para usar el Derecho estaba unida a la riqueza y a la posición social elevada? Pero el problema era más profundo y complicado que la simple aplicación «inicua» de un Derecho que se enseñaba como neutral; era el mismo contenido del Derecho el que parecía reflejar de modo inexorable la división de clases y la desigualdad social.

Se podría pensar que esta posición refleja la vieja concepción marxista del Derecho como superestructura, pero, en realidad, casi todos los Críticos rechazan decididamente la noción paleomarxista del Derecho como simple instrumento de la clase dominante[23], concepción reafirmada sin embargo por algunos neomarxistas. En definitiva, todas las clases parecen interiorizar categorías jurídicas, según una tesis fundamental del movimiento[24], y esto centra el problema vital de los estudios Críticos del Derecho, a saber, la relación entre Derecho y sociedad como cuestión esencial para la comprensión del cambio histórico. Ahora bien, ya que uno de los aspectos relevantes de los Cls es la crítica al funcionalismo como explicación de esta relación[25], surge con fuerza uno de los temas más discutidos por los Críticos, el de la legitimidad del Estado en cuanto sujeto privilegiado de la imposición del Derecho.

Se trata de un entrecruzamiento problemático (cambio histórico-Derecho-legitimidad del Estado) estudiado en particular por Robert Gordon, que ha identificado una estructura compleja del Derecho que lo hace particularmente resistente al cambio social y

---

[23] Algunos Críticos pueden caracterizarse como «marxistas ortodoxos». Cfr. A. Hutchinson - P. Monahan, «Law, Politics and the Critical Legal Scholars: The Unfolding Drama of American Legal Thought», cit.; J. Stuart Russell, «The Critical Studies Challenge to Contemporary Mainstream Legal Philosophy», *cit.;* .J.S. Webb, «A Progressive Critique? The Contribution of Critical Legal Scholarship to a Marxist Theory of Law», en *Law Teacher,* vol. 19, 1985, pp. 98 ss.

[24] «El Derecho, como la religión y las imágenes televisivas» escribe R. Gordon, «New Developments in Legal Theory», en D. Kayris, *The Politics of Law. A Progressive Critique,* New York. Pantheon Books, 1982, p. 287, es uno esos «conjuntos de ideas [...] que convencen a las personas de que las muchas relaciones jerárquicas en las que viven o trabajan son naturales y necesarias».

[25] «El objeto del trabajo (generalmente definido como antipositivista o interpretativo) realizado por algunos juristas de la escuela Crítica es el de intentar describir -casi como un reconocimiento geográfico- algunos de los sistemas de ideas que se entretejen y se combinan. Inspirándose en la obra de «estructuralistas» como Levi-Strauss o Piaget, estos estudiosos sostienen que las ideas jurídicas están organizadas en estructuras, en códigos culturales complejos»: R. Gordon, «New Developments in Legal Theory», *ibidem.*

explica por qué las jerarquías dominantes parecen llevar siempre la mejor parte. Apelando a Grainsei (que juega un papel importante en la cultura de izquierda americana), Gordon dedica especial atención a la «función de legitimación» del Derecho[26]. Todas las clases sociales se inclinan por considerar al Derecho como un fenómeno natural e inevitable. La misma clase obrera, si se mira bien, no ha discutido ni puede hacerlo, los derechos de los propietarios, porque tales derechos parecen necesarios para la misma auto-realización de la clase obrera (en relación con esto hay que recordar que los Cls se oponen declaradamente a la llamada «Escuela de Derechos y Principios» de Dworkin[27] y en algún sentido se asocian a la crítica comunitarista de la tesis de los derechos en nombre de una prioridad de los bienes). En esto Gordon manifiesta una de las convicciones centrales de los Críticos, que dicen que este hecho es el resultado de un conjunto complejo de convicciones interiorizadas y difusas, podemos decir de una «falsa conciencia» convertida en el sentido común en la sociedad liberal a partir de Hobbes: el «otro» es siempre una amenaza y un peligro para el individuo, según, más que una idea trabajada a nivel histórico, una convicción situada en el inconsciente. Se trata de un aspecto crucial de esta «estructura profunda» (o «contradicción fundamental») de la sociedad liberal puesta de relieve por Unger, pero esta estructura profunda es, si se mira con cuidado (en esto ha de ayudar el trabajo histórico, y no en vano los análisis históricos constituyen la parte fuerte de los estudios Críticos del Derecho, a partir de ese libro «de frontera» que es *The Transformation of American Law* de Morton Horwitz[28]), una construcción práctica y teórica de las clases dominantes con el fin de conservar el poder, una construcción que ha disuelto el sujeto concreto para hacer emerger sólo unos segmentos de la totalidad; no el sujeto de

---

[26] Sobre el tema de la función de legitimación del Derecho. Cfr. también Kayris. «Introduction» a *The Politics of Law, cit.,* pp. 5-6.

[27] Cfr. R. M. Unger, *The Critical Legal Studies Movement, cit.,* p. 13.

[28] M. J. Horwitz, *The Transformation of American Law 1780-1860,* Harvard University Press, 1977. El aspecto más interesante de este libro -ha observado Robert Gordon, «Critical Legal Histories», en *Stanford Law Review,* vol. 36, 1984, pp. 96-97-, «que ha sido un acontecimiento en la historia de la cultura jurídica-intelectual americana, consiste en que sustituye la hoy dominante visión optimista de nuestra cultura por alguna de las principales aproximaciones pesimistas: en primer lugar la historia del lado oscuro del desarrollo capitalista, la destrucción de vínculos y convenciones llenas de significado en la comunidad, el dislocamiento de las familias, la desaparición de artes respetadas, la reducción del trabajo a rutina, el desplazamiento de las normas que regulaban equitativamente las transacciones por una ética de promoción de un interés egoísta como bien supremo».

carne y hueso, sino el papel (la pluralidad de papeles) desempeñado en cada ocasión por el sujeto: el formalismo jurídico liberal se dirige a los seres humanos, como subraya Unger, sólo en el nivel en que las diferencias entre las personas desaparecen. Los estudios de los intereses y objetivos individuales del actor económico o de la persona jurídica se relegan a otras disciplinas, como la Sociología o la Sicología, para ser abandonados de nuevo por estas ciencias en favor de la búsqueda de las estructuras universales de la sociedad y del sujeto[29]. Se trata de un movimiento político estructurado sobre un sistema de categorías y de significados producidos por las élites dominantes con la finalidad de conservar su poder. El Crítico quiere demostrar que todas estas categorías no son necesarias, que son abstracciones de relaciones concretas entre los individuos. Considerarlas como inevitables y naturales lleva al fenómeno que Marx denominaba «reificación», que encuentra su expresión en la retórica de los derechos del hombre, refuerzo de los modelos existentes de jerarquía y de dominio.

La historiografía Crítica del Derecho quiere mostrar cómo se desarrollan estas categorías «reificadas» y en qué medida dependen de hipótesis filosóficas. Las normas jurídicas modernas son contingentes, no absolutas, y esto en un doble sentido: en primer lugar son una creación nuestra, en segundo lugar, ningún sistema particular de reglas jurídicas es necesitado de manera absoluta por ningún ordenamiento social. Este aspecto identifica una tendencia propiamente filosófica de los Cls, la que describe (y critica) a la moderna sociedad capitalista a través de la descripción (y de la crítica) de la filosofía liberal. La específica Sociología del Derecho de los Críticos americanos es la trasposición de este preciso discurso filosófico.

Tal «discurso filosófico» no consiste en una especial teoría filosófica. Los Cls no construyen teorías, sino que «adoptan» teorías filosóficas con fines Críticos. Esto se hace evidente en el rechazo del marxismo como base filosófica de la empresa Crítica. El rechazo se explica fácilmente por todo lo que he dicho hasta este momento. En la medida en que el marxismo es una teoría «instrumentalista», no puede servir a los fines de los Cls, que de alguna manera parecen invertir los términos de la tradicional aproximación marxista a las relaciones entre conciencia y sociedad, entre Derecho y estructura socioeconómica. Para los Críticos no existe una relación de distinción y causalidad entre el contenido de las normas jurídicas y los intereses de clase; la crítica del

---

[29] R. M. Unger, *Knowledge and Politics, cit.,* Cfr. también Idem, *The Critical Legal Studies Movement, cit.*

economicismo se convierte en una crítica de la «estructura profunda», que no distingue entre Derecho y sociedad, entre Derecho y economía, sino que pone en primer plano el nexo inextricable entre estos factores, la «totalidad» del mundo real[30]. Esta «totalidad» encuentra su lugar de expresión privilegiado en sus formas ideológicas, que, lejos de ser las de una superestructura, estructuran y forman el universo liberal[31], de manera que la misma ideología jurídica juega un papel importante, más bien decisivo, en la reproducción de la subordinación del hombre[32]: «esto que experimentamos como "realidad social" es algo que nosotros mismos construimos continuamente»[33]. Como observa Peter Gabel, «el pensamiento jurídico nace, naturalmente, en la conciencia de la clase dominante, porque es a esta clase a quien le interesa su existencia, pero es aceptado e interiorizado por todos por la ausencia traumática de los nexos y vínculos que de otro modo desembocarían en la conciencia»[34].

Para los Cls la ideología jurídica es una fuerza productiva en la determinación de la conciencia sea de las clases dominantes, sea de las clases dominadas en la sociedad capitalista. Desempeña un papel de legitimación y de hegemonía: «El discurso jurídico forma nuestras ideas sobre la experiencia y la capacidad de la especie humana, nuestras concepciones de la justicia, de la libertad y de la obligación, así como nuestras visiones del

---

[30] Para los Cls «las instituciones encargadas de crear e interpretar el Derecho se encuentran entre las fuentes primarias de las imágenes de orden y desorden, virtud y vicio, razonabilidad y locura, realismo e ingenuidad visionaria, y de algunos de los más banales aspectos de la realidad social que la gente común ha aprendido y usa para dar un sentido a su propia vida»: R. W. Gordon, «Critical Legal Histories», *cit.,* p. 109.

[31] Es significativo, en este sentido, que el ensayo de Duncan Kennedy sobre *los Commentaries* de Blackstone se abre con una cita de Karl Korsch. Sobre la sociología empírica marxista de Korsch cfr. A. Carrino, *Stato e Filosofia nel marxismo occidentale. Saggio su Karl Korsch,* Napoli, Jovene, 1981.

[32] «La "economía" no es más "real" que las "ideas jurídicas". Es un conjunto de convenciones entre las que "ideas jurídicas" como la propiedad, los contratos, las obligaciones promisorias y fiduciarias, por no hablar del dinero, son elementos indispensables que le permiten reproducirse», *ibid.,* p. 117.

[33] R. W. Gordon, «New Developments in Legal Theory», *cit.,* p. 287. La gente, continúa Gordon, «construye estructuras y después reacciona (y llega a convencerse sinceramente) como si las estructuras que ha construido estuviesen determinadas por la historia, por la naturaleza humana y por las leyes económicas».

[34] P. Gabel, «Reification in Legal Reasoning», en S. Spitzer (ed.), *Research in Law and Sociology,* Greenwich, JAI Press, 1980, vol. 3, pp. 25-26. De P. Gabel también «The Phenomenology of Rights-Consciousness and the Pact of the Withdrawn Selves», en *Texas Law Review,* vol. 62, 1984, pp. 1.563ss.

futuro»[35]. Este es un

[35] *Ibid.* «Para los críticos el orden social está mantenido por un sistema

aspecto crucial de la aproximación Crítica, que no siempre ha sido teórica y empíricamente analizado y demostrado[36]. ¿Cuál es la relación entre ideología y conciencia? El concepto de conciencia (de conciencia «jurídica») es central en los estudios Críticos, pero no siempre rigurosamente investigado[37].

Alan Hunt ha puesto de relieve los dos sentidos en que se emplea este concepto: un sentido restringido y un sentido amplio. «El concepto restringido de conciencia jurídica la identifica con la conciencia de los profesionales de Derecho, incluidos los jueces y los juristas prácticos... El concepto amplio de conciencia jurídica la identifica con una forma característica de conciencia muy difusa en la sociedad; aquéllos que no están en contacto con las instituciones y procedimientos jurídicos no carecen de conciencia jurídica»[38]. Estos dos conceptos están formulados por dos de los más importantes miembros de los Cls del modo siguiente: según Duncan Kennedy, que adopta la versión «restringida» del concepto de conciencia jurídica, ésta es «el cuerpo de ideas a través de las cuales los juristas hacen experiencia de las cuestiones jurídicas... es la particular forma de conciencia que caracteriza la profesión del jurista como un grupo particular en un momento particular»[39]. Para Peter Gabel, que asume el concepto de conciencia jurídica en sentido amplio, «el dominio jurídico surge en la conciencia de

---

de creencias. El sistema de creencias que estructura la acción y mantiene el orden en la sociedad capitalista presenta como eterno y necesario lo que son sólo intereses arbitrarios y transitorios de la élite dominante. Este cuerpo de ideas generalmente aceptado justifica el poder injusto y desigual del grupo dominante. Este sistema de ideas son "reificaciones", que presentan como esencial, necesario y objetivo lo que es contingente, arbitrario y subjetivo. Además, son hegemónicos, o lo que es lo mismo, sirven los intereses legítimos de la clase dominante únicamente». D. Trubek, «Where the Action Is: Critical Legal Studies and Empriricism», en *Stanford Law Review,* vol. 36, 1984, p. 606. La presencia de Antonio Grainsci en esta tesis no precisa ser subrayada. Cfr. también R. W. Gordon, «Critical Legal Histories», *cit.,* p. 109. «El poder ejercido por un régimen jurídico consiste no tanto en la fuerza que puede aplicar contra quien viola sus reglas, como en su capacidad de convencer a la gente de que el mundo descrito en sus imágenes y categorías es el único mundo alcanzable en que una persona sensata querría vivir».

[36] Cfr. A. Hunt, *op. cit.,* pp. 12-13.

[37] Gr. A. Hutchinson - P. Monahan, «Law, Politics and the Critical Legal Scholars: The Unfolding Drama of American Legal Thought», *cit.,* pp. 219 ss.

[38] A. Hunt, «The Theory of Critical Legal Studies», *cit.,* pp. 13, 14.

[39] D. Kennedy, «Toward an Historical Understanding of Legal Consciousness», en S. Spitzer (ed.), *op. cit.,* pp. 5, 23. Una idea similar del concepto de conciencia jurídica es el de Morton Horwitz, «The Transformation of American Law», *cit.,* Idem, «The Doctrine of Objective Causation», en D. Kayris (ed.), *The Politics of Law, cit.,* pp. 201-213. Cfr. A. Hunt, *op. ult. cit.,* pp. 18-20.

todas las personas como una especie de represión legitimante... El pensamiento jurídico surge naturalmente en la conciencia de la clase dominante porque es a ésta a quien interesa, pero es aceptado e interiorizado por todos los individuos»[40]. Los dos conceptos de conciencia jurídica, el «profesional» y el «universal», se encuentran a menudo empleados de forma autónoma, de manera que acentúan o bien el momento funcionalista (como Gabel) o el papel de la doctrina jurídica (como Kennedy)[41].

El análisis Crítico del formalismo jurídico intenta demostrar que las reglas jurídicas se aplican de manera diferente en situaciones diferentes porque contienen principios contradictorios. El intento más logrado es el que se ha hecho sobre la doctrina económica del Derecho (la «Law and Economics School»[42]) para demostrar cómo las tesis de los economistas jurídicos se basan sobre premisas contradictorias. En muchos ensayos de Historia del Derecho se ha demostrado hasta qué punto es falaz la idea de una racionalidad intrínseca del Derecho. (En un nivel más general, ésta es la crítica de Unger -como resumen de otras muchas posiciones- a las tesis del formalismo y del objetivismo de la historia jurídica ya que rechaza la concepción de un sistema de tipos sociales con una estructura institucional innata. Esta crítica constituye el eje del movimiento y encuentra probablemente su formulación más clara

---

[40] P. Gabel, «Reification in Legal Reasoning», en *Research in Law and Sociology,* vol. 3, 1980, p. 26.

[41] Para una crítica de estos conceptos de conciencia jurídica, cfr. A. Hunt, *op. ult. cit.,* pp. 14-15. También el debate entre Kennedy y Gabel: P. Gabel - D. Kennedy «Roll over Beethoven», en *Stanford Law Review,* vol. 36, 1984, pp. 155. En cierto sentido, el contraste entre Kennedy y Gabel puede reconducirse al que se produce entre abstracción (teórica) y análisis empírico: si el pensamiento debe poder aprehender la realidad, la abstracción contradice su fin, declara Kennedy: «No se puede describir de manera plausible el "ser" si no es de la manera más vaga y general. Se pueden describir de forma plausible situaciones humanas ricas, relativamente contextualizadas, no abstractas», p. 48 *ibid.* Por eso el posestructuralismo ofrece la posibilidad de encontrar un instrumento para especificar una comunión entre el Derecho, a través de su forma o de sus características estructurales, y las estructuras económicas y políticas. Cfr. T. Heller, «Structuralism and Critique», en *Stanford Law Review,* vol. 36, 1984, pp. 127 ss.

[42] Para una crítica del «Law and Economics» desde el punto de vista de los estudios Críticos, cfr. M. Kelman, «Misunderstanding Social Life: A Critical of the Core Premises of "Law and Economics"», en *Journal of Legal Education,* vol. 33, 1983, pp. 274-284; L. A. Kornhauser, «The Great Image of Authority», en *Stanford Law Review,* vol. 36, 1984, pp. 349-389; M. Kelman, A *Guide to Critical Legal Studies,* Harvard University Press, 1987, pp. 151 ss. Sobre este último trabajo cfr. la recensión de A. Somek, en *Rechistheorie,* Bd. 20, 1989, pp. 547-549.

y argumentada en el ensayo de Unger, *The Critical Legal Studies Movement*[43]).

En la historia de la historiografía jurídica americana el libro de Morton Horwitz, *The Transformation of American Law 1780-1867,* fue el primer intento de practicar el tipo de historia favorito de los Cls; en *The Politics of Law,* Elizabeth Mensch ha formulado una versión de la historia del Derecho americano aceptada por muchos exponentes del movimiento; Hutchinson y Monahan, en su «Law, Politics, and the Critical Legal Scholars», escriben: «Hasta la mitad del siglo diecinueve existía una aceptación difusa de una aproximación al Derecho meramente instrumental; los jueces decidían las cuestiones haciendo una apelación abierta a consideraciones de naturaleza política. Hacia los años sesenta del siglo pasado comenzó un alejamiento, claro aunque tímido, de esta concepción amplia del proceso jurídico. En los años noventa se completó la transformación. La comunidad jurídica había caído víctima del contagio clásico: los jueces pretendían resolver todas las controversias solamente con la rígida aplicación de las reglas. La tendencia del pensamiento jurídico -conocida como conceptualismo- floreció aproximadamente durante un par de decenios, alcanzando su zenit hacia los años veinte de nuestro siglo. Su declinar fue rápido y dramático»[44]. Y en ese momento apareció sobre la escena un movimiento de pensamiento extraordinariamente relevante para los autores de los Cls, el realismo jurídico[45], mientras la depresión hacía las decisiones «progresistas» de los tribunales más controvertidas. Los realistas jurídicos fueron los primeros en poner en cuestión la aproximación legalista, fundada en la rigidez de las reglas, aunque para ellos el papel de los jueces no se podía legitimar a menos que estuviese clara la distinción entre Derecho y moral, tesis fundamental del positivismo jurídico, hoy discutida no sólo por los Cls, sino también por un autor liberal como Ronald Dworkin. Según muchos exponentes de los Cls, lo que los teóricos liberales quieren mantener todavía es una distinción neta entre razonamiento jurídico y debate político,

---

[43] R. M. Unger, *The Critical Legal Studies Movement, cit.*

[44] Hutchinson-Monahan, *op. cit.,* p. 203.

[45] Sobre el realismo jurídico ver, en la literatura italiana, el trabajo, por otro lado, notable, de G. Tarello, *Il realismo giuridico americano,* Milano, Giuffré, 1962; así como Anónimo, «Round and Round the Bramble Bush: From Legal Realism to Critical Legal Scholarship» en *Harvard Law Review,* vol. 95, 1982, pp. 1.669 ss., y E. Purcell, *The Crisis of Democratic Theory; Scientific Naturalism and the Problem of Value,* Kentucky University Press, 1973, pp. 74-94; J. Stuart Russell, *op. cit.,* pp. 3 ss. Cfr. también W. Twining, *Karl Llewellyn and the Realist Movement,* Widenfeld y Nicolson, 1973.

tentativa que pasa a través de varias vías, desde la fidelidad prestada a la moralidad convencional a los derechos fundamentales o a la economía[46]. Lo que ocurre e importa, en las tesis liberales, es que el Derecho «media» entre los intereses contrapuestos que encontramos en política.

En uno de los ensayos más interesantes y refinados de los Cls, «Critical Legal Histories», Robert Gordon muestra cómo los historiadores tradicionales del Derecho han descrito la racionalidad del sistema normativo. La descripción liberal tradicional es similar a la de los historiadores marxistas, en la medida en que el Derecho es considerado como el resultado funcional de la realidad social objetiva, aunque con un «fin» distinto. En lugar de ser un medio de conservación del poder político, el Derecho se contempla como un conjunto de respuestas evolutivas a las necesidades de una sociedad en desarrollo. También los realistas jurídicos adoptaron esta concepción; la solución que ellos daban a los problemas de legitimación consistía en hacer a los jueces creadores más eficientes de política. Esta imagen del Derecho no sólo considera erróneamente al Derecho como un árbitro neutral, sino que, según Gordon, reifica la teoría de modo desviante. El análisis de las categorías históricas es interesante por sí mismo, pero no deja de suscitar un problema filosófico de fondo: la relación entre Derecho y mundo social en general y la relación entre categorías abstractas de pensamiento jurídico y realidad objetiva.

Los distintos teóricos de los Cls tienen ideas diferentes sobre el tipo de teoría que necesitan. La misma descripción de Gordon de las relaciones entre pensamiento y realidad tiene colores y sabores mucho más idealistas que deterministas. Siguiendo un procedimiento análogo al de Thomas Kuhn en la historia de la ciencia, el procedimiento fundado en el paradigma de la «ciencia normal», Gordon considera a las categorías jurídicas como condicionantes de nuestra visión de la realidad y afirma que estas categorías influencian la realidad social en su nivel más profundo. Por ejemplo, escribe, «es prácticamente imposible describir cualquier conjunto de prácticas sociales "fundamentales" sin describir las relaciones jurídicas de las personas implicadas -relaciones jurídicas que no se limitan a condicionar el modo en que la gente se relaciona recíprocamente, sino que definen en una medida importante los términos constitutivos de la relación»[47]. Algunos de los teóricos de los Cls han rechazado esta tesis, la mayor parte niegan que la economía sea el fundamento y el Derecho la supe-

[46] Cfr. Hutchinson - Monahan, *op. cit.,* pp. 207-208.
[47] R. W. Gordon, «Critical Legal Histories», *cit.,* p. 103.

restructura: «El núcleo central del razonamiento Crítico es que la "economía" no es algo separado del "Derecho", que reacciona al Derecho y que a su vez sufre la reacción de éste; la idea de su separación es un efecto alucinatorio de la "reificación" liberal del "Estado" y del "mercado" (o de lo "público" y de lo "privado") en entidades separadas»[48].

El objetivo Gordon es el de separar la historia Crítica de aquéllas que hacen pensar que en la historia se encuentra un espíritu hegeliano de un mundo que se realiza. La historia no es tan inexorablemente determinista o idealista. Las historias Críticas «subrayan que es la gente la que construye estos sistemas para satisfacer sus necesidades de cooperación y hacerse proteger contra el terror recíproco»[49]. Es ésta la que muchos autores de los Cls llaman «contradicción fundamental», esto es, la contradicción entre nuestras necesidades individuales y nuestras necesidades sociales, entre la necesidad de relación con los otros y la necesidad de libertad y de autonomía individual. Lo que está determinado por nuestras estructuras de pensamiento son las categorías en las cuales el conflicto político se presenta ante nuestros ojos.

Este conflicto viene oscurecido por la aparente necesidad de formas jurídicas, formas jurídicas que operan para esconder la realidad política, por ejemplo la distinción público / privado. La política es en realidad una parte de nuestras prácticas sociales cotidianas, de manera que para Gordon un argumento decisivo del programa de los Cls consiste en hacer ver cómo las categorías jurídicas estructuran nuestra vida ordinaria. El problema normativo es el de la capacidad de imaginar nuevas formas de vida social.

Según Alan Hunt, en su artículo sobre «The Theory of Critical Legal Studies»[50], las relaciones entre Derecho y sociedad y entre conceptos y condiciones materiales necesitan esclarecimientos ulteriores. La teoría de los Cls busca explícitamente no considerar al Derecho como un reino autónomo, pero tiene también la necesidad de evitar el determinismo marxista para dar mordiente al momento normativo que contiene. Esta teoría puede ser una reacción fatalista al determinismo, pero puede ser también una reflexión sobre la pobreza de un marxismo para el cual el cambio revolucionario es simplemente el ascenso de otra clase dominante. Una descripción de las relaciones entre ideas y condiciones materiales es también necesaria para evitar las implicaciones que supo-

---

[48] *Id.,* p. 124. Los Críticos consideran al Derecho «como un productor primario de una conciencia ideológica»; *id.,* p. 112.

[49] *Id.,* p. 117.

[50] A. Hunt, «The Theory of Critical Legal Studies», *cit.,* p. 1.

nen que las categorías filosóficas dentro de las que los Cls desarrollan buena parte de sus discusiones son de hecho categorías que describen al capitalismo contemporáneo. Por otro lado es necesaria alguna eficacia causal de categorías «profundas» de pensamiento para explicar cómo funciona el Derecho a fin de legitimar la ideología política, y es esto lo que lleva a los teóricos de los Cls a concentrarse sobre categorías político-culturales, más que económicas.

Pero debe ser resuelta todavía una importante cuestión, es la de saber si esta contradicción está creada por el liberalismo o es un aspecto fundamental de la condición humana. A esto ha intentado dar una respuesta James Boyle, que en su «The Politics of Reason»[51] ha buscado la unidad entre los intelectuales del Cls, el realismo jurídico, la teoría lingüística[52] y el marxismo en torno a una idea según la cual «nuestras ideas de racionalidad son ellas mismas incoherentes, autoritarias o políticamente confusas»[53]. Su análisis del conjunto de los Cls o de sus relaciones con la filosofía y la historia de la teoría del Derecho merece atención por sí mismo, pero aquí me limitaré a recordar su núcleo teórico, esto es, el énfasis sobre la tensión «entre la pretensión según la cual el razonamiento jurídico y el sentido común restringen las posibilidades políticas y sociales y la pretensión de que la doctrina jurídica es indeterminada y se aplica de un modo extremadamente fluctuante»[54]. De nuevo, el análisis se vuelve a la explicación de la conciencia jurídica. Para Boyle, la noción de «autonomía relativa» es todavía una noción positivista que mira a la «verdad objetiva». No existe ninguna explicación objetiva de la relación entre la tendencia subjetivista y la estructuralista en la teoría social. Lo que nosotros tenemos que hacer es una especie de «visión doble» al estilo de Nagel; los problemas de cualquier teoría social, incluidos los Cls, contemplan los intentos de «mediar» en esta tensión, para conseguirlo, lo que necesita la teoría social es una base fenomenológica que le permita fundar la teoría y ponerla en condiciones de tener consecuencias prácticas, de «separar las experiencias que constituyen nuestra estructura de aquéllas que las contradicen»[55].

---

[51] J. Boyle, «The Politics of Reason: Critical Legal Theory and Local Social Thought», en *University of Pennsylvania Law Review,* vol. 133, 1985, pp. 684-780.

[52] Cfr. S. Brainerd, «The Groundless Assault: A Wittgensteinian Look At Language, Structuralism, and Critical Legal Theory», *Review,* vol. 133, 1985, pp. 684-780.

[53] J. Boyle, «The Politics of Reason», *cit.,* p. 690.

[54] *Id.,* p. 730.

[55] *Id.,* p. 759.

Cualquier teoría es «parcial, no definitiva» y probablemente puede ser «cosificada» en el proceso de reificación[56]. Puesto que la capacidad de explicación de una teoría parece depender de haber identificado o no la estructura de ideas que legitima las relaciones políticas de dominio, nosotros podríamos considerar central la noción del sujeto individual, mientras se podría pensar que la teoría realiza su objeto normativo simplemente haciendo ver cómo estamos «constreñidos» por las estructuras de la ideología. Para Boyle, sin embargo, es imposible identificar estas grandes estructuras de pensamiento y estas abstracciones no constituyen nuestra realidad social[57]. Por otro lado el estructuralismo ha demostrado que «el sujeto no es en absoluto tan natural ni tan obvio o fundamental como parece... sino que es una construcción artificial que necesita una particular visión del mundo»[58]. No podemos hacer críticas de todo, sino críticas «locales». «Locales» no significa, sin embargo, no teóricas. La teoría liberal del estado es un «localismo» abierto a la crítica. A pesar de que Boyle afirme que necesitamos la teoría, no piensa que cualquiera de las teorías sociales que investiga tenga mayores pretensiones de verdad objetiva que cualquier otra. En el momento en que reconocemos la existencia de la estructura, reconocemos también su contingencia, y es este momento de libertad el que permite reaccionar[59].

Lo que está implícito en los intentos de descripción del Derecho de los Cls es que estos intentos no pueden ser aislados de descripciones de contextos político-sociales más amplios, que estas explicaciones no pueden ser enteramente «externas», sino que deben considerar los conceptos jurídicos como, al menos en parte, constructores de la realidad: debemos comprender nuestra historia social para comprender los fenómenos jurídicos. Esto hace al Derecho intrínsecamente político y hace problemática la legitimación del Derecho y del Estado. El proyecto de los Cls busca una «apertura» de las mentes, con el fin de poder imaginar y crear nuevas estructuras sociales. Liberarse de la tendencia a reificar nos da la libertad de reaccionar, ¿pero cómo debemos reaccionar una vez obtenida esta libertad?

Un punto muy discutido en los Cls es la necesidad de una teoría normativa. Las dos partes de la controversia se definen habitualmente como irracionales y racionales, aunque estas etiquetas me parecen bastante equívocas.

---

[56] *Id.,* p. 765.
[57] *Id.,* p. 772.
[58] *Id.,* p. 777.
[59] *Id.,* p. 778.

3. El nihilismo jurídico y la «contradicción fundamental»

Los realistas jurídicos, que optaron por no hacer del proceso decisorio judicial una forma de ciencia social, eran muchas veces «nihilistas» en todo lo que se refería a los fundamentos racionales del discurso jurídico. Y alguna de las motivaciones de una rígida separación positivista entre Derecho y moral está basada en la idea de que los valores morales están más allá de la jurisdicción racional. Diversos estudiosos de los Cls parecen adoptar posiciones «nihilistas». Joseph Singer[60] en un ensayo con el sugestivo título «The Player and the Cards», además de sostener que el Derecho no es políticamente neutral sostiene que las decisiones jurídicas y la misma teoría jurídica tradicional son radicalmente indeterminadas (lo que no significa que sean «arbitrarias»[61]) y que no existe ninguna base objetiva para estas decisiones. No sólo los materiales jurídicos pueden apoyar a cualquiera de las partes de la controversia, sino que la teoría normativa no puede proporcionar una alternativa sostenible al cuerpo de principios jurídicos contradictorios que constituyen el Derecho. Muchos comentaristas consideran nihilista incluso la obra de Duncan Kennedy[62], mientras el ensayo de Mark Kelman titulado «Trashing»[63] no es sólo la arti-

---

[60] J. Singer, «The Player and The Cards: Nihilism and Legal Theory», en *Yale Law Journal,* vol. 94, 1984, pp. 1-76. Cfr. también «The Legal Rights Debate in Analytical Jurisprudence from Bentham to Hohfeld», en *Wisconsin Law Review,* 1982, pp. 975 ss.

[61] «Las teorías jurídicas propuestas para justificar -escribe Singer, «The Player and The Cards», *cit.,* pp. 24-25- nuestras reglas e instituciones son indeterminadas. Las mismas teorías podrían ser usadas para justificar cosas muy diferentes. Esto no significa, sin embargo, que los resultados de nuestros sistemas jurídicos sean completamente imprevisibles y que las elecciones hechas por los jueces sean arbitrarias en el sentido de imprudentes. Se pueden descubrir e incluso predecir en cierta medida las elecciones ponderadas porque están condicionadas por la cultura jurídica, las convenciones, el «sentido común» y la política. La costumbre, más que la razón, limita la búsqueda y sugiere el resultado».

[62] De Kennedy, además de las obras citadas en este ensayo, cfr. también: «Cost-Benefit Analysis of Entitlement Problems: A Critique», en *Stanford Law Review,* vol. 33, 1981, pp. 387 ss.; «Cost-Reduction Theory as Legitimation», en *Yale Law Journal,* vol. 90, 1981, pp. 1.275 y ss.; «Legal Education and the Reproduction of Hierarchy», en *Journal of Legal Education,* vol. 32, 1982, pp. 591 ss., «The Role of Law in Economic Thought: Essays on the Fetichism of Commodities», en *The American University Law Review,* vol. 34, 1985, pp. 939-1.001.

[63] M. Kelman, «Trashing», en *Stanford Law Review,* vol. 36, 1984, pp. 293 ss. El término «trashing», desbrozar, es una cláusula de estilo de los CIS que Kelman define: «Tomar argumentos específicos muy seriamente en sus propios términos; descubrir que, de hecho, son insensatos ([tragi]-cómicos); y después

culación de otra corriente del pensamiento Crítico, sino el título abreviado de la sola especie de actividad que los nihilistas consideran justificable, precisamente el «trashing», el «desbrozamiento» del discurso teórico.

Para Allan Hutchinson y Patrick Monahan[64], que parten de una teoría rigurosamente neomarxista, no existe ninguna posibilidad de imaginar de modo legítimo un mundo social alternativo sin abandonar los temas centrales de la crítica epistemológica de los Cls. En su opinión, la teoría Crítica del Derecho desemboca en un «nihilismo doctrinal» que es incompatible con los fines políticos y prácticos del movimiento. Para proclamar que una visión social es «mejor» los Cis deben abandonar sus tesis acerca de la relatividad de todas las verdades sobre la vida social y de la contingencia de todas las estructuras sociales. De otro modo su visión es sólo otro caso de lucha política enmascarada con el Derecho, una nueva versión del Derecho natural[65]. La visión Crítica debe ser algo más que otra ideología. Existen diversas opciones para la teoría política de los Cls pero ninguna resulta atractiva para una práctica política coherente que además quiera ser eficaz. Los Cls pueden estar tentados a proclamar que la liberación del dominio de las conciencias es el fin de las ideologías, pero esto parece absurdo; pueden abrazar el anarquismo, pero esto, entre otros muchos problemas, parece desesperadamente optimista con respecto a la naturaleza de los seres humanos. Hutchinson y Monahan consideran por eso necesario que los Cls renuncien a su noción central, la idea de la «contradicción fundamental». Exhortan a los Críticos a ver esa noción como una ilusión, reteniendo que autonomía y comunidad no son necesariamente contradictorias, tal alternativa empobrecería las nociones actuales de «libertad» y «comunidad» y necesitaría como fundamento de la teoría social una teoría de la personalidad humana. Esta exigencia es sin embargo similar a la idea de Roberto Unger expresada en *Passion*[66], un libro publicado después de la aparición del artículo de Hutchinson y Monahan. Pero éstos han suscitado un problema que Unger, quien identifica la naturaleza de la libertad y el aspecto esencial de la personalidad

---

buscar un orden (no el germen de la verdad) cualquiera (del observador externo) en el caos internamente contradictorio, incoherente, que hemos desvelado» (*id.,* p. 293). En el contexto de las facultades de Derecho el «trashing» es una técnica antiautoritaria para reconocer y minar los poderes ilegítimos radicados en las jerarquías que aparecen en las superficies legítimas y necesarias.

[64] A. Hutchinson, P. Monahan, «Law, Politics and the Critical Legal Thought», *cit.*

[65] *Id.,* p. 233.

[66] R. M. Unger, «Passion, An Essay in Personality», *cit.*

con la trascendencia de los contextos del pensamiento y de la vida social, no ha resuelto todavía. En efecto, Unger no parece ofrece ninguna justificación de su concepción de la personalidad: desear ir más allá de las constricciones arbitrarias a las que está sujeto el individuo puede ser un elemento importante del carácter del hombre, pero es difícil comprender por qué ha de ser esto lo que defina por sí mismo las características fundamentales del ser humano.

David Luban, en el ya citado ensayo «Legal Modernism», ha intentado categorizar algunos ensayos Críticos como una forma de «exceso modernista», confrontándolos al modernismo en el arte. El impulso que sostiene al modernismo artístico es la noción según la cual nuestros «contextos sociales ya no están en condiciones de sostener las convicciones de su legitimidad»[67]. Sus componentes son una crítica despiadada de las convenciones combinada con un «motivo del exilio», con la idea de que estamos en el mundo desacoplados y sin casa, aislados los unos de los otros. El modernismo en arte pretende que el arte representativo miente sobre el mundo y su relación con el público[68]. Centrando nuestra atención sobre esta relación, ésta no nos consiente escapar a la verdad que es nuestra alienación del evento. De modo parecido los Críticos niegan el consuelo representado por la teoría liberal. Trabajan para demostrarnos no sólo nuestras relaciones con el mundo, sino también la ajenidad de nuestro propio pensamiento. Pero cuando buscan «sepultar el pasado»[69] y no sólo criticarlo avanzan de muy diferente manera. El modernismo en arte debe centrarse sobre nuestras convenciones y nuestras relaciones con el mundo, pero debe convencernos de que es todavía arte. Cuando avanza de manera muy diferente, el modernismo se convierte en fraude y engaño. Por ello no puede no asumir el arte premoderno como punto de partida. La tendencia de los Cls a contemplar cualquier punto de partida como ideológico es realmente la desconfianza modernista de todos los contextos. El argumento de la indeterminación -llevado adelante por los Cls conjuntamente con la crítica del formalismo, de la coherencia de la doctrina jurídica y de la marginalidad del sistema de reglas respecto del consenso moral que puede ser alcanzado sobre la racionalidad de la acción-, cuando logra su punto extremo, mina la posibilidad misma del discurso práctico. El modernista es abandonado al nihilismo, que consiste en el tema existencialista del rechazo

[67] D. Luban, *op. cit.,* p. 1.687.
[68] *Id.,* p. 1.664.
[69] *Id.,* p. 1.675.

desesperado a participar o en la fe de cualquier tipo de salvación romántica[70].

Otro crítico del «nihilismo jurídico», John Stick, en «Can Nihilism Be Pragmatic?»[71], intenta colocar la tendencia de los Cls hacia el nihilismo no en las implicaciones de su crítica epistemológica del Derecho, o en la falta de fundamento de su propia teoría social sobre una teoría de la personalidad, y mucho menos en una cierta tendencia propia de la conciencia modernista, sino en el uso no apropiado de la filosofía pragmatista contemporánea y en una tendencia a juzgar a los teóricos tradicionales a través de una concepción de la racionalidad pasada de moda con la cual es imposible coincidir. La crítica de Stick se concentra en Joseph Singer, como representante nihilista de los Críticos. Según Singer las decisiones jurídicas, para ser objetivas, deben ser fieles a una norma extralegal de racionalidad. Singer se basa principalmente en el pragmatismo de Richard Rorty[72], pero los pragmatistas, según Rorty, no encuentran ningún problema en el acuerdo intersubjetivo interno a un «discurso normal». Vincular la legitimidad política a la objetividad interna del Derecho, como no hace el positivismo, ignora la diferencia entre la sociedad y la profesión de jurista. Singer se basa también sobre la vieja concepción positivista para la que los valores son intrínsecamente subjetivos. Ya que el nihilismo debe sostener que no existen ni estándares compartidos de racionalidad[73] ni valores compartidos, se ve obligado a calar en la tradición cartesiana para la que no existe elección concerniente al juicio normativo, introduciendo la dualidad que los

---

[70] *Id.,* p. 1.686.

[71] J. Stick, «Can Nihilism Be Pragmatic?», en *Harvard Law Review,* vol. 100, 1986, pp. 332 ss.

[72] Cfr. J. Singer, «The Player and the Cards», *cit.,* pp. 34 ss.

[73] «El consenso racional -escribe Singer- no puede constituir una fundamentación objetiva del razonamiento jurídico, porque, en sí mismo, no puede generar determinadas respuestas... Puesto que la idea del consenso racional es internamente contradictoria, no puede determinar nuestras conclusiones, ni puede funcionar como fuente de esas conclusiones o como procedimiento de producción de resultados objetivos... la idea del consenso racional combina sus dos hipótesis de base; por tanto encubre la contradicción que la sostiene. Puesto que no existen respuestas a las contradicciones nos encontramos vacilantes entre el principio de que una cierta práctica social está justificada porque los demás están de acuerdo con ella y el principio por el cual está justificada la práctica social porque la razón (nuestro procedimiento de decisión innato) nos dice que es justa, independientemente de lo que digan los demás», J. Singer, *op.cit.,* p. 38. Cfr. también, M. Sandel, *Liberalism and the limits of Justice,* Cambridge University Press, 1982, p. 119 (desde el punto de vista de la filosofia comunitarista).

Cls pretenden querer eliminar[74]. Dentro de la práctica jurídica

[74] Cfr. J. Stick, *op. cit.,* p. 375.

-contesta Stick- las «reglas» están determinadas como lo demuestra el hecho de que las decisiones pueden ser previstas. Que estas reglas estén inarticuladas no dice nada en contra de su determinabilidad; Stick (que me parece que sintetiza bien la réplica liberal a los Cls) pone una analogía entre estas reglas y las de la gramática[75]. Además, la acusación según la cual las teorías del razonamiento jurídico no consiguen la determinabilidad se funda en la suposición de que estas teorías deben generar respuestas, lo que sería controvertido en sí mismo. Tampoco la mera existencia de argumentos contradictorios demuestra indeterminabilidad. Dentro del contexto de la práctica legal puede ser útil limitar la relevancia de los argumentos. El argumento epistemológico nihilista opera sólo contra un sistema axiomático de razonamiento jurídico y una teoría de la verdad como correspondencia, ninguna de las cuales es adoptada por los teóricos liberales.

Los Cls, según la crítica de Stick, no se concentran en general sobre las actuales teorías liberales del Derecho. El pragmatismo niega que podamos adoptar cualquier nueva concepción del mundo, de manera que la estrategia preferida por los Cls debe ser la de conservar lo que es válido de la concepción liberal, si bien transformada por movimientos de opinión como el feminismo y el socialismo, que los liberales ignoran. «Desbrozar» no puede ser un medio de cambio social; el movimiento debe confrontarse con la teoría liberal sobre el plano de la argumentación. Y esto es lo que intentan hacer ofreciendo una teoría normativa positiva autores como Roberto Unger (y, en parte, Drucilla Cornell[76]).

4. Solidaridad y Derecho

En *Passion,* Roberto Unger afronta un problema ya discutido en *Knowledge and Politics,* el problema de las relaciones intersubjetivas, que, como veremos, está en la base del ensayo de Duncan Kennedy sobre «Form and Substance in Private Law Adjudication».

---

[75] *Id.,* p. 353.

[76] Cfr. D. Cornell, «Toward a Modern / Postmodern Reconstruction of Ethics», en *University* of *Pennsylvania Law Review,* vol. 133, 1984, pp. 1.325 ss.; Idem, «Convention and Critique», en *Cardozo Law Review,* vol. 7, 1986, pp. 679 ss.; Idem, «Two Lectures on the Normative Dimensions of Community in the Law», en *Tennessee Law Review,* vol. 54, 1987, pp. 327 ss.; Idem, «The Poststructuralist Challenge to the Ideal of Community», en *Cardozo Law Review,* vol. 8, 1987, pp. 989 ss.

Unger[77] comprende la realidad social en los términos del encuentro intersubjetivo y subraya que los problemas a afrontar en una reconstrucción de la teoría ético-política son sustancialmente dos: el problema de la contextualidad, afrontado con más detalle en *Knowledge and Politics,* y el problema de la solidaridad, que constituye el eje del discurso en *Passion*. La contextualidad es sobre todo un problema epistemológico: ¿Cómo podríamos trascender el contexto en el que estamos inmersos? ¿Cómo *repensar* nuestras prácticas sociales dado que estamos *empapados* de una particular práctica social? En la teoría política radical el problema es particularmente importante, en cuanto se trata de cambiar la situación en la que nos encontramos. Pero para Unger el ideal ético que debe guiar la búsqueda de mundos alternativos al mundo capitalista debe ser encontrado en la solución del problema de la *solidaridad,* que corresponde al problema, suscitado por Kennedy, del altruismo en la praxis jurídica. En su ensayo *The Critical Legal Studies Movement,* ha proporcionado una guía programática para la reorganización de nuestras instituciones de modo que puedan servir para estas necesidades y tareas, una visión de la teoría político-social apropiada que acompañe su teoría sicológica y ética.

Para Unger, el problema de la solidaridad tiene que ver con la «contradicción fundamental» de la condición humana, la tensión que existe entre nuestra necesidad de los otros y el miedo que les tenemos. Unger opina que el liberalismo lleva al extremo esta tensión, que las estructuras políticas del estado liberal tienden a crear situaciones que van en detrimento de nuestras necesidades fundamentales, aunque -y éste es un punto importante a subrayar- el proyecto inicial de la modernidad tenía en su origen una función de emancipación. La tarea más importante y fundamental es para Unger la «autoafirmación», un concepto que suena aquí con connotaciones claramente liberales. Naturalmente, Unger contesta la idea liberal relativa a las condiciones de la realización de la «autoafirmación», en cuanto los instrumentos de la autoafirmación no tienen, para Unger, nada de instrumentales en la relación intersubjetiva, que, al contrario, resulta difícil justamente desde las estructuras de pensamiento encerradas en las instituciones políticas del estado y de la sociedad liberal. La autoafirmación del

[77] Una detallada exposición crítica, desde un punto de vista marxista, de la doctrina ungeriana, está en A. C. Hutchinson - P. J. Monahan, «The "Rights" Stuff: R. Unger and Beyond», en *Texas Law Review,* vol. 62, 1984, pp. 1.477-1.539; Idem, «Law, Politics and the Critical Legal Scholars: The Unfolding Drama of American Legal Thought», cit., pp. 239 ss.

yo, para Unger necesita de una condición fundamental, una condición de igualdad que la sociedad liberal moderna no sólo no realiza sino que tiende a sofocar a causa de las relaciones jerárquicas de poder solidificadas en la estructura capitalista del mundo.

La ética que debería guiar la formación de estas relaciones se centra, en Unger, sobre el concepto de «virtud individual». Considera la posibilidad de que el yo esté abierto a las críticas de los otros como el motivo-guía de su ética, aunque no pueda dejar de subrayar también cómo, todas las relaciones personales, por sí mismas, contienen una tendencia a la relación de dominio y de dependencia. Su posición aparece en este libro bastante alejada de las tendencias habituales de la filosofía moral de tipo anglosajón: lo que él enfatiza es la pasión y no la racionalidad del yo, lo cual no quiere decir, a pesar de todo, que esté contra la «racionalidad».

Sólo la pasión, para Unger, puede mediar nuestras relaciones personales de modo que éstas sirvan realmente a nuestra necesidad de autoafirmación. Analiza las virtudes en términos de odio y amor. Todas las pasiones son variaciones de comportamiento analizables en términos de clausura o participación en auténticas relaciones no instrumentales a la búsqueda de la autoafirmación. Bajo esta óptica, incluso el odio no trata al otro como un simple medio. La importancia que nos atribuimos es inevitable y refleja nuestra necesidad fundamental de ser personas únicas en el mundo con nuestra vida plena de significado. Pero hemos de considerar también a los demás como seres únicos, irreductibles a objetos de posesión, y en alguna medida más allá de una consideración meramente epistémica.

Naturalmente, Unger reconoce que las explicaciones filosóficas de la ética en términos de virtud y de naturaleza humana ideal han caído en el descrédito[78], y parte de su proyecto consiste en reducir la distancia entre los intereses individuales y las acciones morales que ha caracterizado a gran parte de la filosofía moral a partir de Kant. Considera la pasión como un sentimiento (y un concepto) descriptivo de nuestra experiencia moral, que arroja luz, ya sea sobre nuestros conflictos morales con los otros, ya sea sobre nuestra necesidad de autorrealización. «La definición de una experiencia de pasión como un episodio en la novela de la libertad y de la aceptación, o en la contranovela que la acompaña, es totalmente equivalente a la concepción que considera a todas las pasiones como un modo específico de tratar las relaciones entre miedo recíproco y deseo de los otros; un modo de hablar se

[78] R. M. Unger, «Passion», *cit.,* pp. 43-44, 78-87.

traduce en el otro»[79]. La virtud se pone a la tarea de reconstruir nuestros caracteres de manera que se haga posible la interacción benéfica. Ésta se pone a la tarea de criticar los contextos y los hábitos y de «permanecer en contacto con las realidades personales que más cuentan»[80].

Unger considera necesaria una teoría sicológica del yo para conseguir una separación y una resistencia del yo con respecto a las instituciones y a los dogmas reificados de la sociedad: «¿Por qué deben resistir las pasiones a las instituciones y a los dogmas de la sociedad? Porque sólo a través de esta resistencia la gente puede evitar que la polaridad de las pasiones sea vuelta del revés y ocultada por la realización forzosa de los roles sociales predefinidos. Y sólo tratando a los otros como individuos en lugar de roles, los individuos pueden hacer un lugar a la pasión»[81]. El yo y sus «pasiones» se convierten así en la última barrera contra la reificación total y la homogeneización de las formas de vida producidas por el mecanismo alienante de la relación capitalista, tendente a la disolución del sujeto individual en el rol y en las diferentes manifestaciones sociales establecidas en la estructura social. El individuo concreto aparece entonces como la última playa para una resistencia crítica al mundo moderno; de todos modos, las tesis de Unger pueden ser parangonadas a las de Alasdair MacIntyre sobre la virtud y sobre el teleologismo ínsito en la estructura concreta del individuo. La sociabilidad, la reciprocidad, las relaciones intersubjetivas aparecen a Unger como los aspectos fundamentales de nuestra vida social, en un programa de autoanálisis capaz de liberar nuestro yo de las contradicciones fundamentales depositadas en la conciencia por el trabajo, hoy ya, secular del pensamiento liberal y de su «estructura profunda». Lo que propone Unger es una *revolución cultural del yo,* del sujeto individual concreto como condición necesaria de una transformación de las estructuras sociales existentes. De todos modos asistimos aquí a una puesta del revés de la concepción marxista tradicional, más que al simple rechazo de las teorías jurídicas mayoritarias como teorías no neutrales, no coherentes, infundadas.

Pero la falta de fundamentación y la indeterminación de los sistemas, de las decisiones y de las teorías jurídicas, reconocida ahora como determinada políticamente, no se abandona al puro nihilismo. Como ha resaltado uno de los exponentes de los Cls

---

[79] *Id.,* p. 114.
[80] *Id.,* p. 254.
[81] *Id.,* p. 271.

más sospechoso de ser nihilista, Joseph Singer, «cuando renunciamos a la idea de que el sistema jurídico tiene un fundamento, "una base racional", no nos estamos abandonando a la nada. Estamos abandonados a nosotros mismos, y nosotros no somos nada»[82]. La alternativa al fundamento -ha observado también Gerald Frug- «no es el "caos" sino la reconstrucción conjunta de la vida social... la búsqueda de una democracia participativa[83].

Otro intento que merece señalarse como central para una comprensión de la empresa Crítica es el que emprende Duncan Kennedy en *Forma y sustancia en la jurisdicción del Derecho privado,* relativo a la oposición entre reglas y estándares y a la filosofía política alternativa que subyace a la elección de unos u otros en el Derecho privado[84]. La tesis de partida de Kennedy es que el contraste entre el recurso a reglas rígidas y a estándares en la justificación de las sentencias no es en sí mismo alternativo. El recurso a unas u otras o a ambas constituye la ambigüedad fundamental de la jurisdicción privada, porque se trata de consecuencias de impulsos contradictorios presentes en gran cantidad en la argumentación y en la justificación jurídica, donde se combaten dos impulsos primarios, el del altruismo, que lleva a razonamientos y justificaciones *ad hoc,* y el del individualismo, que privilegia la administración de las reglas, y por tanto de reglas fijas, aplicables «de manera general».

Kennedy sostiene que existen dos paradigmas políticos, ambos vitales y ambos en competición y conflicto, conflicto que se reproduce entre nosotros y en nosotros. Nosotros (todos nosotros) creemos al mismo tiempo en ambos paradigmas políticos, el del individualismo, o en una teoría política en la cual lo que es primario son los fines de cada sujeto y cada uno tiene el Derecho de perseguir estos fines en la medida en que respeta los derechos de los otros (paradigma político distinto del puro egoísmo, que considera normativamente insignificante la misma existencia de los otros), y el del altruismo (un paradigma mucho menos definido), una teoría política en la que no se da ninguna prioridad normativa a los fines propios de un sujeto y en la cual se está ligado a la búsqueda de las ventajas de los demás independientemente de que los otros estén vinculados a prestar una ayuda recíproca. Esto no

---

[82] J. Singer, «The Player and the Cards», *cit.,* p. 66.

[83] G. Frug, «The Ideology of Bureaucracy in American Law», en *Harvard Law Review,* vol. 97, 1984, p. 1.386.

[84] Hay que recordar que la referencia a la jurisdicción se justifica especialmente en el sistema americano, caracterizado por una notable litigiosidad y donde por esa razón el problema de la capacidad de los jueces de resolver litigios tiene una importancia notable.

significa que se esté vinculando al trato de los fines de cada uno como si fueran iguales: a diferencia del santo, el altruista puede preocuparse en mayor medida de ciertas personas. La adhesión a la forma de regla se vincula normalmente al individualismo, mientras la forma de estándar se asocia con el altruismo. Como ha observado Kelman, «Kennedy puede haber inferido mejor esta estrecha conexión porque ha analizado del modo más idóneo el cuerpo jurídico al cual se adapta mejor su pretensión, el Derecho de los contratos»[85], en el cual, por ejemplo, el principio de la buena fe exige que las partes contratantes tengan presentes los intereses de la otra parte a no dañarse a sí misma en el curso de sus propios negocios, aunque esta deducción hubiese podido ser hecha igualmente en relación con el Derecho tributario: «Si -observa Kelman- contemplamos los esfuerzos del contribuyente para minimizar sus propios impuestos como un juego competitivo contra otros contribuyentes cuyos pagos se elevarán para satisfacer objetivos impositivos fijados cuando algunos contribuyentes evaden, entonces la forma de regla se asocia generalmente con una actitud hostil de sálvase el que pueda que nosotros no debemos nada aunque otros "ellos" puedan atraparnos debiendo. Las posiciones orientadas a estándares suponen que podemos describir mejor lo que debemos en términos que tienen un significado general pero que son difíciles de explicar -nuestro poder de mercado (ganancias netas) reducido por deducciones por gastos que se quieren promocionar- pero que tenemos un deber de no esconder ni el poder adquisitivo, ni la intención y naturaleza de nuestros gastos»[86].

De cualquier modo, Kennedy no parece hacer un gran esfuerzo para explicar la conexión existente entre forma y sustancia, aunque, probablemente, en su razonamiento está implícita una distinción entre teoría (o ciencia) del Derecho y Sociología del Derecho. Las reglas presuponen una visión científica del Derecho (en sentido normativo puro, por ejemplo kelseniano), mientras que los estándares apelan necesariamente a una aproximación sociológica. En este sentido, los Cls tal como se explica en este ensayo de Kennedy, declaran abiertamente que el elemento prioritario es el hecho, la intuición vinculada a la situación concreta en la cual los actores del drama jurídico están implicados. Lo que cuenta es la excepción, no la norma general. Y es la excepción la que consiente la práctica orientada a la redistribución (de poder, dinero, etc.) mientras la regla fija el *statu quo* en detrimento de cualquier discurso funda-

[85] M. Kelman, *A Guide to Cls, cit.,* p. 55.
[86] *Id.,* pp. 55-56.

mentado éticamente. La distinción entre regla y estándar tiene un significado, ya sea ético, ya, como observa Kelman, «estético»: «Las reglas apelan a la estética de la precisión, a la sicología de la negación o del pragmatismo escéptico;... los estándares apelan a la estética del absolutismo romántico, a la sicología de la implicación dolorosa en cada situación, el pragmatismo que rechaza la necesidad de la generalidad ampulosa»[87]. En este sentido la forma no es neutra, pero reclama un discurso sustancial, lo que significa que el Derecho no es una pura forma, sino que está estrechamente vinculado y conectado a la búsqueda de valores, a ideologías políticas que se manifiestan en el tipo de forma elegida. Las reglas manifiestan la subjetividad de los valores, mientras los estándares declaran su raíz en la comunidad existente, en los valores compartidos. El problema suscitado por Kennedy en este ensayo asume un valor central y fundamental: la predilección por la forma de las reglas es una declaración de falta de fundamentación ontológica de los valores, considerados ahora arbitrarios y sólo justificados emotivamente si se apela a la jaula de la norma abstracta. Pero en este sentido la regla no es más que la expresión del individualismo que estructura la modernidad y el Derecho moderno. El estándar encuentra su premisa en la esperanza de la posibilidad de un diálogo moral y de un consenso entre los sujetos que forman parte de la comunidad (sea general o simplemente un tribunal que debe decidir un caso).

El ensayo de Kennedy debe ser entendido como una crítica al individualismo; el discurso sobre los estándares no asume, realmente, un punto de defensa sino un punto de partida para desarrollar el ataque a la teoría jurídica tradicional[88]. El argumento

---

[87] *Id.,* p. 61.

[88] La expresión «teoría jurídica tradicional» (o mayoritaria) se refiere por lo general, en los Cls, a tres corrientes principales: el positivismo, la teoría de los derechos (rights theory), y la «Law and Economics School». Para la teoría positivista la referencia más habitual es al pensamiento de H. L. A. Hart, *El concepto de Derecho* (trad. cast. de G. Carrió), Ed. Abeledo Perrot, Buenos Aires, 1968; la «rights theory» tiene su expresión más notable en R. Dworkin, *Los Derechos en serio* (trad. M. Guastavino. Estudio Preliminar A. Calsamiglia), Ed. Ariel, Barcelona, 1984; B. Ackerman, *Social Justice in the Liberal State,* New Haven, Conn: Yale University Press, 1980; J. Rawls, *Una teoría de la Justicia* (trad. M. D. González), Fondo de Cultura Económica, México, 1974; R. Nozick, *Anarquía, Estado y Utopía* (trad. de R. Tamayo), Fondo de Cultura Económica, México, 1988; la escuela de Derecho y Economía está representada por R. Posner, *Economic Analysis of Law,* 1977; Idem, *The Economics of Justice,* 1981; *Law and Literature: A Misunderstood Relation,* Harvard University Press, 1988. Naturalmente todas estas teorías son la expresión de valores políticos. Sobre este punto cfr. en particular D. Kennedy, «Legal Education and the

de los estándares no puede por este motivo ser entendido como un discurso que es defendido como tal, porque sería fácil demostrar cómo sería impracticable para el estado un razonamiento que prefiera los estándares sobre las reglas abstractas, mientras, de hecho, la contradicción fundamental que encuentra expresión en la oposición entre reglas y estándares es una contradicción que continúa intacta en la actual estructura jurídica, en donde el recurso a lo que nosotros llamamos cláusulas generales se acompaña del recurso a reglas y los jueces siguen siendo quienes deciden, ya sea sobre la base de reglas, ya sobre la base de principios o de estándares. Desde un punto de vista normativo la posición de Kennedy no supone una gran contribución, aunque sirve como instrumento teórico para comprender la situación sociológica y jurídica global en la que nos encontramos hoy, tal vez, como en el caso de Kennedy, para llevar a un ataque radical al individualismo que está en la base de la ideología jurídica moderna. Lo mismo se puede decir de Peter Gabel, un crítico con una mayor orientación filosófica (en sentido fenomenológico y neomarxista), para el cual el punto de partida es la concreción de la situación en la cual se está implicado para una crítica entre forma y sustancia: en la vida concreta, observa Gabel, nosotros no encontramos abstractos «ciudadanos empeñados en un encendido discurso moral, sino un grupo de personas aisladas ligadas únicamente a través del ciclo de la producción y del consumo que determina su existencia social; encontramos el funcionamiento mecánico que la mayor parte de la gente llama trabajo, la vaciedad prefabricada de la *fast food,* la manipulación obsesiva de los mecanismos que ocupan el aburrimiento del tiempo libre y la clase de «amor» que intenta realizar el deseo a través de la dependencia ambivalente y la fantasía pornográfica. La infelicidad y la desesperación que contienen estos procesos no son simplemente la consecuencia de «problemas sicológicos»;... estos procesos concretos constituyen la totalidad social dentro de la cual se forma la mente y se encuentra en dificultades. Y son los efectos de estos procesos los que expresan la verdadera moralidad de nuestras instituciones políticas»[89].

La apelación a la relación entre forma y sustancia, en este caso, tiene una importancia heurística, más que de proyecto. No se trata, en realidad, de proponer un modelo jurídico basado

---

Reproduction of Hierarchy: A Polemic Against the System», Cambridge, Afar, 1983, pp. 82-84.

[89] Peter Gabel, «Book Review» de R. Dworkin, «Taking Rights Seriously», en *Harvard Law Review,* vol. 91, 1977, pp. 311-312.

sobre estándares (lo que Kennedy parece ignorar es cómo una experiencia concreta de recurso constitucional a cláusulas generales o principios generales es rastreable en el período de la República de Weimar, pero en un sentido conservador y reaccionario), sino de criticar un modelo jurídico individualista que cree poder prescindir de los estándares, o lo que es lo mismo, de una dimensión sustancial de equidad que es la única que consiente la crítica del Derecho formal moderno. «La crítica del pensamiento jurídico es el análisis de las concepciones del mundo que están en la moderna conciencia jurídica»[90]. Los estándares presuponen una condición fundamental, es el consenso de la comunidad: bastaría esto para hacer entender cómo, sociológicamente, esta condición, en las estructuras conflictivas del mundo actual, es no sólo irrealizable, sino de hecho inexistente[91]. El valor del ensayo de Kennedy, a mi entender, está en haber encontrado un lugar «ideal» desde el cual se critica lo existente, porque no hay duda que sin ese lugar diferente es imposible criticar las estructuras sociales existentes. La comunidad dialógica de Kennedy que está en la base de la elección a favor de los estándares no existe de hecho en el mundo moderno, pero debe ser presupuesta, una presuposición que no es, sin embargo, una ficción, sino que encuentra su realización en un lugar, la conciencia individual de todos los individuos. Es de aquí de donde parten los Cls para la crítica del mundo liberal, y de la sociedad capitalista. Esto aparece claramente en la crítica de Karl Klare a la categoría de contratación colectiva en el campo del Derecho del trabajo: deberíamos cambiar -escribe en «Critical Theory and Labor Relations Law»- «la visión legalista de la contratación colectiva en la cual forma y sustancia están separadas y en la cual los derechos se mueven en torno del poder contractual más que de las necesidades humanas: en la que las prerrogativas del capital vienen antepuestas a los intereses democráticos de los trabajadores; en la cual los sindicatos se niegan a vender la fuerza de trabajo pero dejan a la dirección las decisiones de importancia general relativa al uso de los recursos de la sociedad».

La contratación colectiva es por eso un ejemplo clásico, para Klare, de lo que Alan Wolfe ha definido como «política alienada»: «el proceso a través del cual -escribe Klare- la capacidad colectiva y de autogobierno de la gente le es arrebatada y restituida de una forma que, mientras que por un lado pretende falsamente servir exigencias universales, de hecho resquebraja el sentido

[90] D. Trubek, «Where the Action Is: Cls and Empiricism», *cit.,* p. 589.

[91] Cfr. sobre esto, mi crítica a Michael Walzer en A. Carrino, «Kelsen e il tramonto della sovranità», en *Democrazia e Diritto,* 1989, 4-5, pp. 378 ss.

social y colectivo de la gente, induce su consenso a la jerarquía ilegítima y sustituye la autogestión autónoma de la gente por el control autónomo por parte del poder». Cuando se subraya unilateralmente el momento formal-procedimental a costa de la «sustancia» se asiste, sobre todo en el campo de la contratación colectiva, a un ejemplo práctico y concreto de la concepción liberal según la cual la democracia reside «en el mismo proceso de contratación, también si los temas "centrales" están alejados de la mesa de negociaciones antes de comenzar la contratación».

La crítica a la forma de regla asume por tanto, en un campo decisivo para la democracia, un significado enfatizado por los Cls, el significado de crítica de la ideología liberal capitalista, urdida para institucionalizar y aislar, más que para reprimir, el conflicto de clases. Así pues, sin una crítica radical del sistema ideológico y de valores inherentes a la estructura y a la práctica capitalistas se perpetúa el sistema de dominio capitalista y de sometimiento del trabajo: «El sistema de trabajo -escribe Klare- es, dicho en pocas palabras, una ideología legitimante que refuerza las instituciones dominantes y la cultura hegemónica de nuestra sociedad. La crítica totalizadora de la legislación laboral, es por eso, un requisito previo indispensable para el progreso hacia la libertad en el puesto de trabajo».

Como se ve, la crítica de Kennedy a la forma de regla y a la separación entre procedimiento y sustancia, en el momento en que viene aplicada a un caso concreto, se revela como un instrumento hermenéutico y crítico central, en la medida en que, en palabras de Klare, «esta separación constituye una de las características más conspicuas de la legislación laboral como ideología».

Pero lo que impresiona más es que el énfasis que la teoría liberal pone en el procedimiento, sobre la forma, debe servir a un proceso de emancipación de las clases subalternas. Éste es un momento de gran relevancia en el juego que desde hace algunos años dirigen los grupos dominantes en las democracias neocapitalistas. El dominio ya no pasa por el encuentro de «esencias» antagonistas, sino por el debilitamiento progresivo del antagonismo y en el reforzamiento simultáneo del juego de confrontación formal-procedimental. Las sociedades posliberales han realizado así una jugada estratégica de excepcional importancia, no tanto «dulcificando» el conflicto, como creando un tablero de juego tan innovador que las viejas estrategias y tácticas antagonistas han quedado fuera de combate.

Por eso, en los Cls, asume una relevancia tan determinante el reenvío continuo a la «contradicción fundamental» como único instrumento «crítico» para un ataque eficaz a la estructura de la

ideología capitalista. En su artículo sobre los *Commentaries* de Blackstone, un punto de referencia en la historia de la *Common Law* anglosajona, Kennedy escribe un párrafo muy citado en los Cls: «El objetivo de la libertad individual es al mismo tiempo dependiente de, e incompatible con, la acción coercitiva común que es necesaria para realizarlo. Los demás son necesarios si queremos convertirnos en personas, porque nos restituyen la esencia de nosotros mismos y nos protegen de modo determinante contra la destrucción. Pero el universo de los otros al tiempo nos forma, protege y... amenaza con destruirnos. Innumerables conformismos, pequeñas y grandes concesiones del yo a los otros son el precio de la libertad que nosotros vivimos en sociedad»[92].

El papel de las reglas en la mediación de las contradicciones fundamentales es directo: se puede negar, así sintetiza más tarde Kennedy el argumento liberal, que nuestras propias vinculaciones hacia los otros sean dolorosas o contradictorias, si se cree que se han establecido bases categóricas para tratar con ellos, para distinguir la acción benévola de los ataques malévolos. La respuesta formalista liberal a la contradicción fundamental es simple: yo interaccionaré con los otros hasta y en la medida en que ellos respeten mis derechos. El Estado garantizará todos los excesos por parte de los privados. Si no se ha traspasado ningún límite, podemos pretender que la interacción se ha verificado de modo indoloro. Puesto que los mismos funcionarios estatales podrían, al garantizar los límites de la esfera privada, convertirse en una fuente de opresión dolorosa, nosotros limitamos su radio de acción, ya sea con la insistencia de que hagan respetar únicamente reglas claras, o estableciendo unos derechos separados que son relevantes sólo frente al Estado[93].

Las reglas suponen en este caso ausencia de implicación, desapego y frialdad respecto al juego que se está jugando. No importa que el agente explique su comportamiento, a sí mismo o a los demás: importa que eso esté previsto en la regla, que vale en cuanto tal, independientemente de que esté justificada o explicada sobre la base de intereses que traspasen su génesis histórica. El sistema de reglas aparece como el sistema que nos ha aligerado del peso de la existencia, de la reflexión y de la contradicción. En el momento en el cual las reglas existen, podemos dejar a un lado pensar sobre el Derecho y sobre la finalidad concreta que realiza.

---

[92] D. Kennedy, «The Structure of Blackstone's *Commentaries», cit.,* pp. 211-212.

[93] *Id.* pp. 258-261. Sobre el tema de la oposición entre reglas y estándares se detiene extensamente M. Kelman, *A Guide to Cls, cit.,* pp. 15-63.

Las reglas, que encuentran su máxima expresión en el sistema de Kelsen (a decir verdad, la importancia del normativismo kelseniano no aparece en los Cls, que parecen ignorar completamente el nombre del jurista vienés[94]), son al final la moral de lo posible en un sistema de individualismo escéptico que protege a todos del riesgo de la tragedia existencial. Como observa Kelman, «las reglas son el opio de las masas»[95], aunque, añado yo, esto no es aplicable al Derecho en cuanto tal, sino al Derecho moderno, que en el momento que ha asumido la forma de reglas y del individualismo ha renunciado deliberadamente al momento sintético[96] que aparece presente en el Derecho occidental de los siglos XI y XII, suplantado por el momento analítico-disgregante sólo en la jurisprudencia del siglo XX, como ha demostrado sobradamente Harold J. Berman en *Law and Revolution*[97]. Esto comporta una crítica del Derecho que, precisamente, no se coloque «en ningún lugar», sino en cualquier lugar, sea histórica o intelectualmente. La necesidad de volver a pensar la historia de la tradición jurídica occidental aparece así evidente, porque sólo con referentes históricos concretos es posible criticar la abstracción del Derecho moderno y su transformación en un complejo de reglas artificiales, privado de contacto con la antinómica existencia humana, con esa antinomia bien presente en el origen de la tradición jurídica occidental que sin embargo sabía ver las interrelaciones existentes entre Derecho y valor y que era, en definitiva, el problema de la relación entre trascendencia e inmanencia, el problema de la reconciliación entre Dios y hombre. El radicalismo de los Cls no excluye un discurso de este género, porque al final el problema entre forma y sustancia se convierte en otro modo de hablar (al menos hipotéticamente) de la relación entre la potencia y el acto, entre los valores y los hechos. La necesidad de teorías que manifiestan muchos cultivadores de los Cls encuentra una formulación eficaz en la última página de *Knowledge and Politics* de Unger:

---

[94] He encontrado una sola referencia a Kelsen, en el ámbito de la escuela positivista, en un ensayo de Kennedy, «Legal Formality», *cit.* Sobre la importancia del paradigma normativista kelseniano cfr. A. Carrino, *L'ordine delle norme. Politica e diritto in Hans Kelsen,* Napoli, Ed. Scientifiche italiane, 1990.

[95] M. Kelman, *A Guide to Cls, cit.,* p. 63.

[96] En esta perspectiva, los Cls contienen un punto iusnaturalista que les acerca a ciertas corrientes del iusnaturalismo europeo, tal y como están representadas en Italia, por ejemplo, a la concepción fenomenológica del Derecho de Sergio Cotta y de su visión del Derecho fundado sobre la relación intrínseca al sujeto individual *(relazionalità)*. Cfr., por último, S. Cotta, *Diritto, persona, mundo humano,* Torino, Giapichelli, 1989.

[97] H. J. Berman, *Law and Revolution. The Formation of the Western Legal Tradition,* Harvard University Press, 1983.

«Cuando la Filosofía ha develado la verdad para la que está capacitada, se vuelve hacia la política y hacia la oración; hacia la política a través de la cual se modifica el mundo; hacia la oración, mediante la cual los hombres piden a Dios que consume la transformación del mundo, llevándolos a su presencia, y dándoles aquello que, abandonados a su suerte, jamás obtendrían»[98].

5. Liberalismo y crítica del liberalismo: una conclusión provisional

Describir detalladamente las posiciones fundamentales y los aspectos relevantes o simplemente interesantes de los Cls es prácticamente imposible en este lugar. Los Cls encuentran un antecedente (aunque sólo sea en ciertos aspectos característicos) en aquel debate sobre «el uso alternativo del Derecho» que caracterizó a la cultura de izquierda en Italia en un momento ciertamente superado y del que, sin embargo, muchos de nosotros somos hijos.

El retorno prepotente del liberalismo nos pone a todos ante interrogantes urgentes, de no fácil solución. ¿Es «natural» el sistema económico, político, y social en el cual vivimos y que parece triunfante a escala planetaria? ¿El fin de aquellas falsas alternativas al capitalismo representadas por los sistemas de socialismo real significa, en pocas palabras, la aceptación incondicional del liberalismo ideológico y del económico? Este es un interrogante particularmente lacerante hoy. ¿Ha desaparecido realmente la idea de que el conflicto es la dimensión real de la condición humana en la actual situación a nivel mundial? ¿La homogeneización de los estilos de vida de manera que pierde cualquier sensatez el discurso sobre el sentido de la vida individual y social es realmente nuestro destino? Son preguntas que más de uno encontrará superadas, incluso retrógradas en la época de cambios que estamos viviendo desde hace unos años. Y sin embargo no lo son en absoluto, en la medida en que no son hechas como instrumentales respecto a prácticas políticas que de cualquier modo están superadas, y a teorías que no sólo han perdido la batalla, sino que lo han hecho justamente frente al Estado liberal.

Pero aceptar -como yo personalmente acepto- el horizonte del Estado liberal como el único lugar en el que se pueden producir las batallas por la emancipación humana no debe significar la renuncia a cuestionarse sobre la posibilidad de comunidades

[98] R. M. Unger, «Knowledge and Politics», p. 294.

diferentes a las que están señaladas por el estigma de la modernidad, o mejor del fracaso del proyecto moderno. En este sentido, llegar a la raíz del sistema moderno es todavía posible, incluso necesario; no tanto de forma inmediata, para cambiar las cosas, como para entender mejor el punto en el cual nos encontramos hoy. Es verdad lo contrario de lo que escribió Marx: hasta ahora hemos cambiado el mundo, ahora se trata de entenderlo.

Sin una ciencia de la sociedad no se puede operar sobre la sociedad. Es más, sin una filosofía social no se puede esperar una sociedad más libre y más justa, o simplemente más humana y solidaria. Ahora, sólo el liberalismo garantiza, en mi opinión, el único terreno a partir del cual emprender esta empresa: la crítica del liberalismo pasa por su aceptación. Dicho de otra manera, «conceptos como "equidad" y "solidaridad" funcionan siempre dentro de la estructura de una concepción dogmática de la política y del Derecho. La determinación de fines políticos y sociales está codeterminada por las principales fuerzas constitutivas del discurso jurídico, por su teleología, por su racionalidad, por su conceptualización de la causalidad»[99]. La crítica al discurso de los derechos, iniciada por Marx en *La cuestión judía,* no debe ni puede llevar a la crítica total de cualquier discurso sobre derechos porque pueda servir de algún modo a la justificación del sistema liberal. Como ha observado «un crítico benévolo» de los Cls, Ed Sparer, «el derecho legalmente protegido a disentir no se opone ni al socialismo ni a la comunidad; sino que es necesario para su realización. Los derechos individuales y liberales de expresión y de disenso no tienen sólo un contenido "privado" y "egoísta", son necesarios para la lucha y el avance social, ya sea en la sociedad socialista, ya sea en la sociedad capitalista... La libertad de expresión y el derecho a disentir son esenciales a la condición humana que parece más valorada explícitamente en los escritos jurídicos Críticos: el estado de la "comunidad", la experiencia de la solidaridad con el prójimo en la vida y en el esfuerzo común»[100]. De esto es un ejemplo el mismo movimiento de los Cls, crítico radical del sistema liberal en una sociedad capitalista por excelencia como la americana: al discutir el libro de David Kayris, *The Politics of Law,* empresa conjunta de los Cls y de la *National Lawyers Guild,* Sanford Levinson ha observado que el discurso de los Críticos

---

[99] J. M. Broekman, «Legal Subjectivity as a Precondition for the Intertwinement of Law and the Welfare State», en G. Teubner (ed.), *Dilemmas of Law in the Weffiore State,* Berlin-New York, de Gruyter, 1986, p. 88.

[100] E. Sparer, «Fundamental Human Rights. Legal Entitlements and the Social Struggle: A Friendly Critique of the Critical Legal Studies Movement», en *Stanford Law Review,* vol. 36, 1984, pp. 509-574 *(cit.,* p. 545).

sobre la legitimación política del Derecho moderno, si funciona, no lo hace holísticamente, al menos en todas las ocasiones que se pone en cuestión y se critica al Derecho moderno[101]. Probablemente, la tesis de la necesaria aceptación del sistema y el Estado liberal para su crítica no sólo no sería aprobada por los teóricos críticos, sino considerada como el verdadero enemigo de su empresa, si bien ellos mismos -al menos en parte-, después de haber criticado (y a mi entender justamente) la doctrina jurídica liberal, son extremadamente vagos sobre sus deseos de trascender la concepción liberal de la autonomía individual, probablemente porque saben, conscientemente (como en Unger y en su propuesta de un «superliberalismo») o inconscientemente, de los riesgos que comporta cualquier intento de realización efectiva de los ideales comunitaristas en el actual estado de cosas (el totalitarismo está mucho más cerca de lo que podemos sospechar[102]). Es éste un punto de división y de contraste con su apuesta. Lo cual no impide que la descripción (crítica) que un filósofo comunitarista como Walzer hace del liberalismo y que encuentra aceptable el Crítico «nihilista» Singer, pueda encontrar complicidad incluso en mí mismo, para lo bueno y lo malo que el *objeto* de esta descripción contiene[103]: «El liberalismo es sobre todo una doctrina de la liberación. Libera a los individuos de la comunidad étnica y religiosa, de las corporaciones, de las parroquias, del prójimo. Abole todo tipo de controles y de agencias de control: tribunales eclesiásticos, censuras culturales, leyes prohibicionistas (sumptuary laws), restricciones de movimientos, grupos de presión, lazos familiares. Eso crea hombres y mujeres libres, que están vinculados sólo por sus contratos, y gobernados, cuando los contratos pierden fuerza, por un Estado poderoso y distante. Lo cual genera un

[101] S. Levinson, «Escaping Liberalism: Easier Said Than Dow», en *Harvard Law Review,* vol. 96, 1983, p. 1.472.

[102] Como ha escrito S. Levinson, *op. ult. cit.,* p. 1.484, «si el lenguaje de los "derechos" es demasiado monódico, el discurso de respuesta de la comunidad corre el riesgo de cancelar la libertad que los liberales -incluso, en apariencia, los autores (los críticos)- quieren hacer coexistir con la igualdad y también con la fraternidad. Podemos encontrar, de nuevo, visiones dialécticas que se ponen a nuestra disposición, y según las cuales las antinomias se resolverán por sí solas antes que generar simplemente la nada producida por la colisión entre materia y antimateria; pero a finales del siglo XX, se requiere más fe que nunca, dados los horrores gemelos del fascismo y del socialismo totalitario de Estado, para considerar a estas visiones como sueños y no, más bien, como pesadillas.

[103] Para una crítica análoga cfr. A. Carrino, *Scienza e politica nella crisi della modernitá,* Roma, Edizioni Lavoro, 1989.

individualismo radical y por eso una competición feroz entre individuos que buscan sólo la afirmación de sí mismos»[104].

(Traducción de Elena Beltrán Pedreira)

[104] M. Walzer, «Nervous Liberals», en *Radical Principles. Reflections of an Unreconstructed Democrat,* New York, Basic Books, 1980, pp. 97-98. Sobre este punto también A. Carrino, *Esodo e interpretazione: una nota su Walzer, Introduzione a M. Walzer, Interpretazione e Critica soziale* (trad. it. a cura di A. Carrino), Roma, Ed. Lavoro, 1990, pp. 7 ss.; así como R. Bellamy, *Defining Liberalism: Neutralist, Ethical or Political?,* en Idem (ed.), «Liberalism and Recent Legal Philosophy», en *ARSP,* Beiheft 36, Stuttgart, Steiner, 1989, pp. 23-43.

EL CONCEPTO DE INTEGRIDAD EN DWORKIN*

Introducción

La obra de Dworkin ha originado una polémica importante en la historia de la filosofía político-jurídica[1]. No es frecuente que los trabajos de un filósofo del derecho despierten el interés y la crítica de constitucionalistas, sociólogos, filósofos, economistas, politólogos o estudiosos de la ética. Sin duda, tiene muchos más detractores que defensores. Uno de sus méritos incuestionables ha sido provocar la discusión más allá de sus límites gremiales y académicos para extenderse a ámbitos pluridisciplinarios y llegar a públicos que en principio no están interesados en los problemas específicos de los juristas tal y como se han tratado en los círculos de especialistas.

No me propongo analizar todos y cada uno de los grandes temas que sugiere provocativamente Dworkin. Quisiera señalar que, del análisis de la crítica al modo de construir la ciencia jurídica tradicional, surge un nuevo modelo de construcción del saber jurídico en el cual el análisis del desacuerdo entre los juristas, el de los materiales mediante los cuales construye sus

* He recibido las ayudas PB 90-0327 y BE/ 92/ 39 del programa sectorial de Promoción General del Conocimiento de la DGTYC. Debo agradecer los comentarios y críticas de los profesores Raz, Garzón, Chang, de Lucas, Moreso y el equipo de profesores de la Universidad Pompeu Fabra.

[1] Véase M. Cohen, *Ronald Dworkin and Contemporary Jurisprudence*. London, Duckworth, 1984. Véase también R. Dworkin, *Taking Rights Seriously*. Harvard University Press, 6 ed., 1977 especialmente el apéndice A Reply to my Critics pág. 290 y ss. Acaban de aparecer dos libros importantes sobre Dworkin, S. Guest., *R. Dworkin*. Edimburg University Press 1992, y A. Hunted ed., *Reading Dworkin Critically*. Berg Publishers 1992. En la literatura castellana véase los trabajos de G. Carrió, *Principios Jurídicos y Positivismo Jurídico*. Buenos Aires, Abeledo Perrot, 1970 y «Le opinioni del Prof. Dworkin sul positivismo giuridico» en *Materiali per una Storia della Cultura Giuridica,* 1980.

argumentos y el modelo de una sociedad democrática son a mi juicio los más relevantes. En este trabajo voy a seguir el siguiente esquema: En primer lugar, explicaré por qué ha tenido tanto éxito su obra. En segundo lugar, me preguntaré por el paradigma de la ciencia jurídica y sus límites. En tercer lugar, analizaré la estrategia elegida por Dworkin basada en los desacuerdos teóricos. Ello sugerirá la idea de que el derecho no es un producto acabado, sino un *enfoque*. En cuarto lugar -siguiendo el hilo argumentativo dworkiniano- nos preguntaremos hasta qué punto el pasado determina el presente y veremos que las doctrinas ofrecen respuestas contradictorias. Por último, nos plantearemos el modelo valorativo de una sociedad democrática y el papel de los principios y el equilibrio necesario entre ellos.

La importancia de Dworkin

Quienquiera que lea las principales revistas de Filosofía del Derecho y de la Política observará el éxito del «fenómeno Dworkin». Algunos pueden pensar que se debe al excelente marketing del autor, profesor en Oxford y New York, conversador y discutidor incansable, con una formación jurídica sólida y con una brillantez fuera de lo común en la construcción de contraejemplos que destruyen los argumentos de sus críticos. Además de eso, nuestro autor tiene una gran capacidad para introducir continuamente distinciones conceptuales que producen cuando menos la perplejidad o la desorientación del crítico. A todo ello se añade su continuo viajar para discutir y reformular sus posiciones. Escritor prolífico y comentador de la política del día desde las páginas del New York Book Review. Todo eso es cierto y dota de fundamento a la idea de que en el fondo sus planteamientos tienen un excelente sistema de difusión, pero no son tan originales, pues muchas de sus ideas ya se habían planteado por otros autores. Creo que esta idea no es exacta. Argumentaré que nos encontramos ante una obra sugerente que aprovecha viejas ideas pero en un contexto totalmente novedoso.

Pero no sólo eso. Su éxito se debe -desde mi punto de vista- sobre todo a la utilización de un método de análisis del derecho que permite no sólo describirlo sino también proponer un enfoque consistente de los problemas y apuntar soluciones sustentadas en un conjunto de principios coherentes. Para lograr este objetivo ha tenido que utilizar armas críticas y defender posiciones muy heterodoxas en una época en que tanto la filosofía jurídica analítica de Hart como la filosofía política utilitarista constituían las doc-

trinas dominantes. A estas doctrinas ha dedicado sus dardos críticos más espectaculares (Dworkin, 1986, págs. 288-295; 1977, págs. 94 y ss. y 1985, págs. 81 y ss.).

La crítica al modelo positivista de ciencia jurídica

La concepción del derecho como un producto acabado

Dworkin es radical porque cuestiona el paradigma austiniano sobre el cual se ha construido la ciencia jurídica anglosajona del siglo XIX y XX (MacCormick, 1984, págs. 128 y ss.). Austin sostuvo que una ciencia completa del derecho debía tratar dos problemas fundamentales. Por una parte la Ciencia de la Legislación se ocupaba de cómo debe ser el derecho. La Ciencia de la Legislación es una disciplina prescriptiva y sus cultivadores son los políticos y filósofos. Junto a la Ciencia de la Legislación existe otra disciplina -la Jurisprudencia-, cuyo objeto es la descripción del derecho positivo. La Jurisprudencia responde a la cuestión de cómo es el derecho. Ésta es la disciplina típicamente jurídica cultivada por los juristas. El paradigma positivista no sólo exigió la distinción entre las disciplinas, sino que sostuvo que no existían puentes entre la Jurisprudencia y la Ciencia de la Legislación[1bis]. Para describir el derecho no es necesario saber cómo debe ser. La ciencia jurídica debe limitarse a la descripción del derecho positivo prescindiendo de los juicios de valor. La ciencia jurídica debe ser neutral y por tanto independiente de los intereses políticos. El único puente de comunicación va de la Jurisprudencia a la Ciencia de la Legislación, pues para diseñar cómo debe ser el derecho es preciso reunir información sobre el derecho positivo. Sin embargo, los filósofos y políticos no han tenido muy en cuenta esta limitación, ya que la mayoría de los proyectos de una sociedad mejor se dibujan en hojas en blanco sin tener en cuenta cómo es la sociedad y el derecho actual (Dworkin, 1986, pág. 164). En este sentido la mayoría de las filosofías políticas son utópicas. Dworkin pretende construir su filosofía jurídica -como la columna vertebral del razonamiento jurídico- desde una perspectiva no utópica, pues afirma: «la filosofía jurídica no es una disciplina de segundo orden que tenga como objeto el razonamiento ordinario, sino que

[1bis] La posición positivista de Austin es muy semejante a la de Bentham. Véase J. Bentham, *An Introduction to the Principles of Morals and Legislation*. Ed. Burns y Hart. London University, Athlone 1970, págs. 293 y ss., en donde establece la distinción entre censorial and expository jurisprudence.

ella misma es el nervio de la reflexión sobre el derecho» (Dworkin, 1980, pág. 8).

El punto de vista de Austin y de sus seguidores supone que el derecho es un *producto acabado* y que el científico del derecho tiene un objetivo fundamental: describir y explicar ese derecho. El científico es un *descriptor* de ese producto. Las teorías jurídicas de Kelsen y Hart están en esa línea y constituyen las versiones más sofisticadas del paradigma austiniano.

La concepción del derecho como una actividad de justificación

La osadía de Dworkin consiste en poner en cuestión ese paradigma. Pretende restaurar las relaciones entre la Ciencia de la Legislación y la Jurisprudencia poniendo de manifiesto que la tarea de la ciencia jurídica no es describir el derecho desde fuera, sino ofrecer solución a los problemas que se plantean. Pretende, por tanto, construir una teoría completa del derecho que tenga un aspecto justificador de las decisiones que adoptan las distintas instancias jurídicas. En este sentido la teoría será un auxilio indispensable para el que toma decisiones públicas. Para tomarlas se debe realizar una tarea de construcción y justificación. El científico del derecho, el filósofo del derecho y de la política no es un observador imparcial cuya función es describir el derecho y los valores, sino que es un constructor de soluciones, un especialista en la resolución de conflictos sociales. Desde esta perspectiva su intención es la construcción de modelos metodológicos que permiten solucionar problemas. Junto al aspecto descriptivo, Dworkin coloca el aspecto normativo, que es el que más interesa al profesional y al juez. La teoría orienta la práctica. Evidentemente, tanto el método como las soluciones han provocado una cascada de críticas y desacuerdos importantes. Pero me parece que uno de los grandes méritos de la polémica ha sido *discutir problemas* en vez de describirlos, y en este punto Dworkin ha sido un maestro.

Pero no voy a valorar todos los aspectos de su obra, sino simplemente algunos del método dworkiniano.

Análisis del desacuerdo entre los juristas

Una de las características fundamentales de la profesión jurídica es la controversia. Los juristas discuten y tienen muchos desacuerdos acerca de las soluciones que ofrece el derecho positivo. Ahora bien, muy pocas teorías han prestado atención al análisis de los

desacuerdos. Dworkin sugiere que ciertamente existen muchos desacuerdos que no son misteriosos. Por ejemplo, pueden existir desacuerdos factuales, es decir sobre los hechos. Este desacuerdo es importante en el derecho pero el tipo de pruebas que necesitamos para que un hecho se considere probado es intersubjetivo. Si el presunto delincuente iba vestido de negro o no es una cuestión que puede ser relevante e incluso decisiva para probar una conducta delictiva. El tipo de evidencia que necesitamos puede ser muy variada, pero creo que los desacuerdos entre los juristas no se basan casi nunca en cómo probar los hechos, sino en una cuestión de hecho, es decir, en si con los datos disponibles esa conducta debe considerarse probada o no. Los juristas, con los datos disponibles, construyen historias que persuaden al juez de la coherencia de su argumento. Pero los desacuerdos factuales tienen pruebas intersubjetivas y, por tanto, sabemos qué necesitamos para convencer.

Otro de los desacuerdos hace referencia a las ideas de justicia. Si organizamos un debate sobre la eutanasia, el aborto o la justificación de la guerra seguramente existirán desacuerdos. Pero esos desacuerdos no son los que tienen normalmente los juristas. En realidad, nuestra sociedad es una sociedad pluralista y se basa en el supuesto según el cual los individuos tienen unas concepciones diferenciadas de la justicia. No hay forma de probar si una es mejor que la otra. No es ningún misterio que existan desacuerdos sobre lo que es incorrecto moralmente porque en realidad nuestra sociedad presupone la posibilidad del desacuerdo. Una sociedad democrática tiene unas reglas de juego que permiten ideologías distintas.

Otro tipo de desacuerdo puede ser sobre el significado de la norma. Muchos juristas creen que los desacuerdos provienen de la ambigüedad del lenguaje ordinario. La tarea del jurista es parecida a la de un filólogo. Como el lenguaje es ambiguo entonces se explica que existan controversias porque cada jurista construye su argumento fundamentándolo en una posibilidad interpretativa.

Dworkin sostiene que los principales desacuerdos que existen entre los juristas no son los desacuerdos puramente verbales y semánticos. No los niega, sino que señala que éstos no son los más relevantes. El derecho entendido como concepto interpretativo supone que los desacuerdos existentes entre los juristas no son sobre hechos ni sobre ideas de justicia, sino sobre lo que exige el derecho.

Pongamos un ejemplo. Supongamos que existe una ley que prohíbe circular a más de 120 Km. por las autopistas y que el ciudadano A circula a 160 Km. Un policía lo detecta con un radar

fiable y le impone la multa. Con independencia de las ideas de justicia que tenga cada uno de los que intervienen parece ser que éste es un caso fácil. Los hechos están probados, la norma es vigente y la sanción no admite discusión. No hay desacuerdo crucial. Pero imaginemos el mismo caso, los mismos hechos y las mismas leyes. Supongamos que el ciudadano A va a un hospital y en la entrada se encuentra un médico amigo suyo que debe trasladarse urgentemente a otra ciudad para hacer un trasplante de riñón. Sólo si circula a 160 Km. salvará la vida del paciente. En la autopsia encontramos el policía que le pone la multa. Si en el primer caso estaba justificada la multa, en este segundo caso es más dudoso. Seguramente no encontraríamos la unanimidad del primer caso, y no hay que olvidar que los hechos son los mismos y las normas son las mismas. El desacuerdo no es sobre la semántica de las normas ni sobre los hechos, sino sobre lo que exige el derecho, sobre el fundamento que justifica la coacción del Estado. En el primer caso no se discute el fundamento de la norma, en el segundo sí. Ello conduce a discutir el papel que ejerce la justificación basada en razones, principios y directrices que pretenden garantizar el bienestar colectivo.

Existen desacuerdos sobre lo que el derecho exige. Este es el desacuerdo básico, el que se debe explicar, el que tiene quien trata el derecho desde el punto de vista interno. Los desacuerdos entre los juristas no provienen de que no están de acuerdo en si una ley ha sido dictada o no. Su desacuerdo es mucho más profundo porque hace referencia a la cuestión de hasta qué punto la coacción del estado debe utilizarse en este caso y cómo se debe justificar. El problema no es sólo la identificación del texto sino su uso. Y eso exige la reconstrucción de algo más complejo y abstracto que la semántica de la norma. Aunque estén de acuerdo sobre cuáles son las leyes vigentes, y cuál es el sentido de las palabras de la ley, puede existir, y existe, el desacuerdo teórico sobre lo que exige el derecho. Dworkin sugerirá que el derecho es un concepto interpretativo y que los textos por sí solos no nos dicen nada. Se necesita un enfoque determinado y eso es lo que el positivismo no ha apreciado. El concepto interpretativo del derecho es su arma más poderosa en el desafío al positivismo.

Dos preguntas

1. ¿Cómo determina el pasado al presente?

Dworkin se plantea la cuestión de hasta qué punto el pasado determina el presente. Ésta es una pregunta que toda teoría resuelve. Y según cuál sea la respuesta podemos clasificar las doctrinas e incluso apreciar sus puntos más débiles.

Las doctrinas positivistas -por ejemplo- ofrecen una respuesta precisa a esta cuestión. Las decisiones del pasado -es decir, las leyes, los precedentes, las costumbres jurídicas-, constituyen los criterios mediante los cuales se deben fundamentar las decisiones del presente. Cuando existen leyes que tratan de los problemas que se plantean ante los jueces, éstos deben decidir conforme a los criterios preestablecidos. En el caso de que no exista una ley aplicable o un precedente, o una decisión del pasado, entonces el positivismo se divide. Kelsen afirmaría -por ejemplo- que el derecho siempre ofrece respuesta porque el juez debe rechazar la demanda cuando no encuentra en el derecho una norma aplicable. La norma general excluyente tiene la función de cerrar el sistema. Ésta sería la posición más fuerte del positivismo, ya que mantiene que las decisiones del pasado determinan el presente (Kelsen, 1960, epígrafe 34, g). Los jueces y demás órganos decisorios están sujetos a las normas jurídicas y a las decisiones explícitas del pasado. Cuando no hay decisión explícita entonces no existe discreción judicial. El juez también aplica el derecho cuando rechaza la demanda.

Una posición más moderada será la defendida por Hart. La completitud del derecho no es una propiedad necesaria del mismo. El juez se puede encontrar con lagunas y en este caso puede decidir conforme a su discreción (Hart, 1961, págs. 138 y ss.). En principio los jueces están determinados por las decisiones del pasado siempre y cuando estas decisiones se hayan producido. Si no hay decisión previa entonces el juez no se ve limitado y decide discrecionalmente.

Dworkin llama *convencionalismo* a esta posición. El derecho se encuentra en las convenciones del pasado. El pasado determina el presente. El valor subyacente está claro. La fidelidad a la ley supone la garantía de la seguridad jurídica. El convencionalismo estricto responde que el pasado siempre determina el presente, mientras que el convencionalismo moderado responde afirmativamente a la cuestión aunque reconoce la discrecionalidad judicial para el caso en el que no exista convención. Sobre este punto volveremos después. Podemos dejar de momento el problema aquí.

Frente al convencionalismo nos encontramos con el pragmatismo. Una variante del pragmatismo es la doctrina realista. A la cuestión «cómo determina el pasado el presente» el realismo contesta con afirmaciones contundentes. Los jueces no deben quedar limitados por las decisiones del pasado sino que tienen que administrar justicia. Los pragmáticos contestan que el pasado no determina el presente. Los jueces deben guiarse por el criterio de justicia y muy especialmente por el criterio del bienestar general. Las leyes no son nada más que juguetes vistosos que los jueces utilizan a su antojo. Lo primordial es la solución justa; lo secundario es cómo se justifica conforme a las decisiones del pasado. Las posiciones realistas y pragmáticas parten del presupuesto de que el juez tiene conciencia de la rectitud y trata de encontrar lo que es justo para la solución del caso. Una vez encontrada la solución, acude a las normas como criterio de justificación. La intuición y el resultado justo son los criterios decisivos que orientan su actividad[2].

Tenemos dos modelos de doctrina que responden a la cuestión planteada: Los jueces ¿crean o aplican normas? Los convencionalistas contestan que el juez no crea derecho, que el asunto del derecho es de convenciones producidas en el pasado. Los pragmáticos contestan a la cuestión sugiriendo que la respuesta es negativa. El pasado no determina el presente. Las convenciones del pasado tienen menos relevancia que la conciencia de la rectitud, que la idea de la justicia del caso (Larenz, 1980, pág. 198 y ss. y G. Carrió 1979).

2. ¿Cómo se justifica la coacción del estado?

Esta cuestión depende de cuál sea la respuesta a la primera pregunta. El convencionalista sostendrá que la coacción se justifica porque las convenciones del pasado la prevén. Una sociedad democrática basa la justificación de la coacción en la voluntad popular. El juez aplica el derecho y la coacción está justificada porque las decisiones están fundamentadas en normas. Sin embargo, el convencionalista moderado -que es el más sutil y el más sofisticado- tendrá dificultades a la hora de justificar la discreción judicial, porque supone la utilización de la coacción del

[2] Esta posición favorece filosofías políticas de carácter utilitarista aunque no todo utilitarista es pragmático. Sobre este problema véase H. L. Polhman: *Justice, Oliver W. Holmes and Utilitarian Jurisprudence,* Harvard University Press, 1984.

estado sin estar fundamentada en decisiones anteriores. Por tanto, la soberanía popular no las legitima[3].

El pragmático ofrece una respuesta diferente. La decisión judicial es el fundamento de la coacción del estado. Las decisiones del pasado no son relevantes. Lo único relevante es si las decisiones mejoran el bienestar social. Los jueces son los órganos del estado más adecuados para tomar las decisiones que producen directamente unos resultados más justos. El modelo pragmático ofrece un compromiso con la justicia como sustitutivo de cualquier procedimiento que limita la persecución de los resultados más justos. Como consecuencia de ello la coacción del estado está justificada siempre y cuando se alcancen resultados justos[4].

¿Por qué estas respuestas son insatisfactorias?

Dworkin se enfrenta a las dos respuestas ofrecidas por el convencionalismo y el pragmatismo. El problema principal de las dos concepciones es que no se toman los derechos en serio. Además dotan al juez de un poder creativo de derecho sin legitimación suficiente. El convencionalismo -al admitir la discreción judicial- y el pragmatismo al perseguir el resultado más justo violan algunos principios fundamentales de la sociedad democrática como son la irretroactividad de las leyes, la seguridad jurídica, la certeza del derecho y la inalienabilidad de los derechos. Ningún bienestar colectivo, ni ningún resultado colectivo beneficioso puede fundamentar la violación de un derecho. Los derechos triunfan frente al bienestar colectivo. Tanto el convencionalismo como el pragmatismo ofrecen respuestas contradictorias pero con defectos semejantes. El derecho ni se encuentra en las decisiones del pasado ni tampoco en las intuiciones de lo que es la justicia. El derecho en una sociedad democrática es algo más complejo que lo que estas dos visiones nos ofrecen y es preciso realizar una empresa constructiva para entender por que ni el convencionalismo

[3] Desde el punto de vista de la legitimación la posición de Kelsen es más coherente que la de Hart.

[4] El realismo americano confió en la percepción de la justicia del juez. El substrato utilitarista favorecería la búsqueda del criterio que favoreciera la mayor felicidad para el mayor número posible o principios como el del mínimo coste social. Sobre este punto véase la crítica de B. Ackerman: *Del Realismo al Constructivismo jurídico*. Barcelona, Ariel, 1988, págs. 13 y ss.

ni el pragmatismo ofrecen respuestas aceptables.

Un modelo de Sociedad Democrática

Dworkin ha desbrozado el camino para inaugurar su tarea constructiva. Propone operar con un modelo ideal de una sociedad democrática. La construcción del modelo no pretende reproducir la realidad sino formular cuestiones desde el modelo para llegar a comprenderla mejor. El puente entre la Ciencia de la Legislación y la Jurisprudencia se empieza a construir.

Una sociedad democrática -sugiere Dworkin- es una sociedad en la cual se respetan los siguientes principios.

Primero.- La Equidad: Entenderemos por equidad el valor del igual poder de cada uno de los individuos en esta sociedad. Una de las especificaciones más relevantes del principio de equidad es que cada uno debe contar como uno y nada más que uno (Dworkin, 1986, págs. 165 y ss.). El principio de dar a cada persona un voto es un principio equitativo.

Segundo.- Justicia: La Justicia -según Dworkin- se refiere a los resultados que producen las decisiones. Calificaremos una decisión como justa si asigna y distribuye los recursos conforme a un modelo ideal determinado. La equidad se refiere al procedimiento y a la imparcialidad; la justicia a los resultados. La distinción conceptual es importante porque se pueden dar casos de decisiones justas con procedimientos no equitativos y decisiones injustas con procedimientos equitativos. Sobre este punto volveremos más adelante.

Tercero.- Principio de Legalidad: En una sociedad democrática sólo se admite como legítimo el poder juridificado. El poder estatal debe funcionar por los cauces jurídicos. Una sociedad bien diseñada no admite policías paraestatales ni el uso de la fuerza no jurídica. El derecho distribuye la fuerza colectiva, es él mismo la organización de la fuerza. Un buen derecho democrático debe canalizar el ejercicio de la fuerza a través de cauces preestablecidos.

Cuarto.- Integridad: Una sociedad democrática está bien diseñada si responde a la virtud de la integridad. Una primera intuición de lo que Dworkin entiende por integridad puede expresarse acudiendo el lenguaje ordinario. En el lenguaje natural decimos que una persona es íntegra moralmente cuando obra conforme a principios. La virtud de la integridad supone no sólo la existencia de unos principios, sino también su organización coherente. Dworkin sugiere tratar a la comunidad como si fuera una persona moral[5].

[5] Véase la entrevista de Juan R. Páramos a Hart en Doxa 1988, en la cual

Con esto basta para tener una primera idea sobre el modelo que legitima la coacción del estado. Si una comunidad política se acerca a los valores de equidad, justicia, debido proceso e integridad, resultará que la coacción estará justificada, mientras que si se aleja de ellos entonces no estará justificada.

Pero vayamos por pasos. ¿Por qué es necesaria tanta discusión conceptual? Estos conceptos son distintos y conviene no confundirlos.

Vamos a ver la diferencia entre equidad y justicia. *Prima facie* podríamos afirmar que un procedimiento equitativo tiende a producir resultados justos. Una primera intuición nos muestra que si garantizamos la equidad de los procedimientos se alcanzan resultados justos. Sin embargo, eso no es cierto, porque es posible que un procedimiento no equitativo produzca resultados justos y un procedimiento equitativo produzca resultados injustos.

Pongamos ejemplos para aclarar la distinción. Supongamos que cuatro personas -tres chicos y una chica- deciden constituir una sociedad para hacer deporte. Cada una de ellas es propietaria de un 25 por 100 del capital y por unanimidad diseñan unos estatutos en los cuales cada uno tiene un voto y las decisiones se toman por mayoría. La primera decisión importante es comprar un campo y construir una pista de tenis. Se adopta la decisión por unanimidad. Una vez realizada la operación, los socios se reúnen para redactar un reglamento de uso de la pista. Los tres chicos deciden por mayoría que la chica no puede jugar nunca. El procedimiento es equitativo, y, sin embargo, el resultado que produce es manifiestamente injusto. Este es un contraejemplo a la tesis «meramente procedimental» de la justicia. Se necesita alguna cosa más que el procedimiento equitativo para que la decisión sea correcta.

Pero -al mismo tiempo- sería posible un procedimiento no equitativo que produjera resultados justos, como por ejemplo que decidiera uno solo y que el contenido de la decisión fuera que todos tienen las mismas oportunidades de jugar y que, por tanto, la chica tiene los mismos derechos que los otros. En este caso tenemos un procedimiento no equitativo que produce un resultado justo.

Hart afirma que el principal logro de Dworkin «consiste en haber demostrado cómo gran parte de los sistemas jurídicos ingleses y americanos se pueden analizar fructíferamente como si cada uno de estos sistemas fuera el resultado de un único autor coherente y consistente, preocupado por llevar a cabo en el Derecho una específica moralidad política singularmente liberal, en el sentido de que trata a todos los individuos como moralmente legitimados para una igual consideración, considerado a los derechos básicos individuales como elementos prioritarios sobre los valores colectivos.

Este modelo ideal nos empieza a inquietar porque permite vislumbrar algunos de los problemas de la legitimación de la democracia, ya que no sólo debemos exigir que el procedimiento sea equitativo, sino que también produzca un resultado suficientemente justo para que pueda justificar la coacción del estado. La distinción conceptual es necesaria y nos alerta frente a legitimaciones procedimentales. Nos avisa que una comunidad no sólo se justifica por el procedimiento, sino también por el contenido de su derecho (Barry, 1989, págs. 24 y ss.).

Integridad, equidad y justicia

El principio de legalidad lo dejaremos aparte, ya que no ofrece especiales problemas para nuestro argumento. Nuestro tema ahora es ver las diferencias entre equidad, justicia e integridad.

Empecemos con un ejemplo. Supongamos que varios amigos van a cenar a un restaurante y que algunos desean pescado y otros carne. Parece ser que una de las soluciones mejores -tanto desde el punto de vista de la equidad como de la justicia- (si es que se puede hablar de ello en este caso) es que cada uno decida según sus preferencias. No hay ninguna razón -a igualdad de precios- que justifique elegir el mismo plato en el restaurante. Una decisión de este tipo la podríamos denominar diversificada. Esta decisión parece respetar el principio de equidad y el de justicia.

Sin embargo, ¿por qué cuando tratamos de la actividad legislativa del estado no admitimos que las leyes estén diversificadas? Supongamos que el parlamento respeta fielmente la voluntad popular y que se propone una ley sobre la eutanasia activa. El 45 por 100 de los diputados vota en contra y el 55 por 100 a favor. No se produce ninguna abstención ni ningún voto nulo. ¿Sería mejor aceptar una ley que permitiera la eutanasia activa en el 55 por 100 de los casos y la prohibiera en el 45 por 100, o sería preferible una ley unificada que siempre la prohibiera o la permitiera?

Veamos qué es lo que dice nuestro modelo. Vayamos a la equidad. Es indudable que una ley diversificada es más equitativa que una unificada. La razón es muy sencilla, porque cada uno está igualmente representado en la ley diversificada mientras que la minoría perdedora no está en ningún caso representada en la ley unificada. De hecho defender el punto de vista de la ley unificada supone convertir el 55 por 100 de los votos en el 100 por 100. La voluntad de los 55 vale por los 100. Una ley diversificada cumple mejor con el requisito de equidad. Por tanto no hay razones de equidad para oponernos a esta decisión.

Una vez despejada esta incógnita vayamos a la segunda. ¿Una decisión diversificada es contraria a la justicia? Para responder a esta cuestión es necesario ponerse de acuerdo acerca de lo que entendemos por justicia. Una de las características fundamentales de una sociedad democrática es el pluralismo ideológico, lo cual significa que existen diversas concepciones de la justicia contradictorias. Los resultados que a unos les parecen justos a otros les parecen injustos. No es ningún misterio que existan desacuerdos sobre la justicia. Seguramente una ley diversificada responde mejor a las concepciones individuales de justicia que una unificada. Si nos guiamos por el resultado del que pierde la votación veremos que es mejor desde su perspectiva que en vez de producirse 100 injusticias se produzcan 45. Desde el punto de vista del que pierde no hay razones de justicia para defender las leyes unificadas. Desde el punto de vista del que gana es evidente que la ley unificada responde a su concepción de la justicia. Pero ello supone el triunfo de una concepción de la justicia sobre la otra y atenta contra el pluralismo.

Tanto desde el punto de vista de la equidad como -en menor medida- desde el punto de vista de la justicia no hay razones muy poderosas para oponerse a las leyes diversificadas. Sin embargo, tenemos la intuición de que una ley diversificada atenta contra principios importantes. El problema de la eutanasia es cualitativamente distinto al de la cena. Lo que nos lleva a negar las leyes diversificadas es la virtud de la integridad. Concebimos que una sociedad democrática no sólo debe respetar la equidad y la justicia -tal y como las hemos definido-, sino que esa comunidad no es una comunidad cualquiera, sino una comunidad regida por un conjunto de principios consistentes. Una sociedad democrática supone una cierta personificación de la comunidad y una concepción colectiva coherente de la justicia. Es lo que podríamos denominar una concepción de la justicia institucional (Dworkin, 1986, págs. 225 y ss.).

La virtud de la integridad exige, por tanto, que las leyes no sean el fruto de un compromiso entre concepciones de justicia subjetivas contradictorias, sino que respondan a una concepción coherente de la justicia pública. Una sociedad democrática requiere -por tanto- que los actos de coacción estatal estén justificados conforme a principios. Supone tratar la comunidad como si fuera una persona moral y exigir a esa persona integridad moral.

Pero inmediatamente se plantean problemas importantes. ¿Qué quiere decir que una comunidad se personifique? ¿Qué quiere decir una comunidad de principios? Dworkin vuelve a los modelos. Sabe perfectamente que la sociedad no es una persona, pero

sugiere que la concepción del derecho como integridad más que una realidad es un enfoque. Si tratáramos a las comunidades políticas estatales como unas comunidades de principios, tendríamos elementos suficientes para observar hasta qué punto las decisiones del pasado determinan el presente y hasta qué punto las decisiones que toman los poderes públicos que afectan a la coacción están justificadas. El esfuerzo constructivo supone partir de una intuición determinada -como por ejemplo la de que no están justificadas las leyes diversificadas- y preguntarse cuáles son los principios, o la estructura coherente de principios, que mejor justificarían las decisiones públicas. El paso siguiente sería considerar estas decisiones como los eslabones de una cadena -la cadena del derecho. Para separarse de las decisiones anteriores es preciso que existan razones públicas para decidir en un sentido determinado.

Pero esta comunidad de principios ¿constituye una especie de caja de caudales trascendental? ¿Es otra forma de iusnaturalismo? Dworkin en este punto es taxativo. Las valoraciones y los principios que defiende colectivamente una sociedad son dinámicos. Quizá los nombres sean los mismos, pero su significado varía a lo largo de la historia. El derecho como integridad es un enfoque que permite al ciudadano una actitud activa frente al derecho. Le recomienda que tome el derecho como un dato interpretativo y que colabore en la construcción de la tarea colectiva de justificación y crítica de las decisiones públicas. El derecho para Dworkin no es un producto acabado ni tampoco es la justicia. Es algo menos y algo más. Es algo menos que la justicia porque la coherencia -es decir, la virtud de la integridad- exige sacrificar en algunas ocasiones la persecución de los resultados justos. Es algo más que las convenciones porque el derecho está compuesto no sólo por un conjunto de normas, sino también por un conjunto de principios[5bis].

Los principios y el derecho

Poco a poco, Dworkin nos ha ido introduciendo en un mundo que difiere sustancialmente del derecho visto desde la perspectiva positivista. El diseño de una sociedad democrática ideal supone la

[5bis] Dworkin distingue entre integridad en la legislación y en la adjudicación. También distingue entre integridad institucional e integridad pura. En los últimos trabajos sobre el sentido de la vida -todavía no publicados- la noción de integridad la ha utilizado para la conceptualización de las personas.

aceptación de la virtud de la integridad. La virtud de la integridad supone que la comunidad como tal es una comunidad que tiene un sustrato de principios que la justifica. Una decisión pública está justificada no sólo si respeta la equidad y la justicia, sino si además respeta la coherencia de principio. La integridad moral de la comunidad es análoga a la integridad moral de la persona.

El paso siguiente será considerar que el derecho no sólo está compuesto por normas sino también por directrices y principios. Existen unas diferencias lógicas entre las normas y los principios que conviene resaltar (Dworkin, 1977, págs. 22 y ss.). Según Dworkin las normas o se aplican o no se aplican. No cabe una tercera vía, mientras que en el caso de los principios la cuestión no es clara.

Las normas establecen ellas mismas sus condiciones de aplicación, mientras que los principios dan razones para decidir en un sentido determinado pero no establecen sus propias condiciones de aplicación.

Otra diferencia importante entre las normas y los principios es que aquéllas se pueden identificar mediante un test de origen mientras que éstos no. Sabemos si una norma legislativa pertenece a un ordenamiento determinado si se puede deducir su validez de la constitución, mientras que no se puede deducir la validez de un principio por su origen, sino por su fuerza argumentativa, es decir, por su peso específico[6].

Una tercera diferencia importante se encuentra en el criterio de distinción entre una norma jurídica y una no jurídica: el tipo de sanción específico. No existen policías ni cárceles morales, mientras que en las sanciones jurídicas la coacción está organizada e institucionalizada. Pues bien, los principios no se pueden distinguir por la forma de la sanción. Lo que les caracteriza es un contenido determinado, una fuerza argumentativa. Y aquí la distinción entre principios jurídicos y los principios sociales o morales no es posible, ya que la moral no se distingue del derecho por su contenido, pese a los intentos de filósofos de encontrar en este criterio material una vía de solución al problema de la separación entre derecho y la moral (Greenawalt, 1987).

[6] Véase la crítica de G. Carrió a Dworkin en las obras citadas en las que sostiene la posibilidad de ampliación de la regla de reconocimiento para la identificación de los principios.

Principios morales y jurídicos

A medida que nos introducimos en el mundo de los principios vamos descubriendo que es imposible distinguir un principio jurídico de un principio moral o social. La única diferencia reside en la posible utilización por parte de los tribunales. Pero nada impide que un principio moral no reconocido jurídicamente sea reconocido en el futuro. El caso de abuso de derecho es un buen ejemplo que demuestra esta tesis. No se debe olvidar que el problema que interesa resolver al usuario del derecho no es cómo se resolvieron los problemas, sino cómo se resolverán. Y no está excluido que se aporte nuevas soluciones para resolver viejos problemas.

Concepto y concepción

Dworkin sostiene que el derecho no sólo está compuesto por normas, sino también por directrices -que tienen como objetivo perseguir un bien colectivo- y principios -que son razones para decidir en un sentido determinado.

Los principios acostumbran a ser de carácter muy general. Un mismo principio puede dar origen a desacuerdos entre los juristas a la hora de interpretarlo. Dworkin recomienda que en el tratamiento de los problemas jurídicos adoptemos el enfoque de la integridad, es decir, que deberíamos tratar el ordenamiento jurídico como si fuera el producto de una persona coherente e íntegra moralmente. En nuestra constitución podemos encontrar ciertos principios de carácter muy general -como, por ejemplo, el principio de igualdad- que no sirven sin un criterio material de determinación. El principio de igualdad formal supone el tratamiento igual de lo que es igual y desigual de lo que es desigual. Éste constituye el concepto de igualdad. Sin embargo, este concepto común a todas las concepciones de la igualdad no sirve para dirigir la conducta humana, pues existen diversas concepciones que determinan lo que es igual y lo que es desigual. Por ejemplo, en nuestras sociedades se utiliza el criterio del mérito, el del resultado y el de las necesidades, entre otros. Cada uno de esos criterios especifica el concepto formal de igualdad y produce resultados distintos en su aplicación.

El enfoque del derecho como integridad no sería escéptico respecto a estas aparentes contradicciones y trataría de indagar cuáles son las razones que convierten un criterio como el del mérito en adecuado para solucionar determinados problemas,

mientras que, en cambio, para otros esta sociedad utiliza el criterio de las necesidades. El derecho como integridad trata de reconstruir la historia. Allí donde se encuentra con criterios contradictorios trata de encontrar una explicación y trata, por tanto, de exigir que las distinciones entre criterios no se produzcan al azar, sino que respondan a razones públicas y justificadas.

Pero al mismo tiempo esta construcción teórica permite formular propuestas de cómo se deberían resolver los problemas en el caso de que existan problemas de coherencia. El derecho como integridad es un enfoque que trata los problemas jurídicos desde la mejor perspectiva posible, no se conforma con suponer la irracionalidad, sino que exige que la actividad coactiva del estado responda a un conjunto de principios coherentes. Y lo busca.

Sus armas conceptuales son sofisticadas, pero parte de intuiciones muy sencillas. Ahora bien, su método parte de la intuición, pero sólo se acepta si es coherente con un conjunto de principios. En caso contrario se rechaza. El intuicionismo sólo es el punto de partida. La coherencia con la textura de principios de la comunidad es la prueba que debe pasar la intuición para aceptarse e integrarse en el sistema. Además del test de adecuación al pasado, la integridad exige el paso de un segundo test de justificación normativa institucional[6bis].

Las dos preguntas fundamentales de Dworkin, ¿cómo determina el pasado el presente? y ¿cómo se justifica la coacción?, se responden en base a la concepción del derecho como integridad. Un estado es una comunidad de principio y el conjunto de principios del pasado determina el presente, pero no absolutamente sino sólo relativamente. El derecho como integridad es un *enfoque* que exige justificar mediante razones el abandono de principios anteriores. La integridad no tolera la irracionalidad. Las normas que componen un ordenamiento jurídico están sostenidas en un conjunto de principios justificadores. El elemento fundamental del derecho no es la norma sino el principio justificador. La fidelidad a la ley es una fidelidad al conjunto de principios que identifican la comunidad. Ahí reside su gran diferencia con el positivismo. Obsérvese que las cuestiones jurídicas son cuestiones de justificación de decisiones. Ese es su punto de vista.

Pero, frente al realismo -que persigue la justicia sin equidad, sin procedimiento y sin coherencia-, el enfoque del derecho como integridad exige limitaciones a la persecución del resultado de justicia. La justicia no es el único valor importante en el

[6bis] Ambos test están profundamente relacionados y existen interacciones entre ellos.

derecho. Junto a él existen otros como la equidad, el proceso debido, el principio de legalidad y la coherencia. El pasado -y en ese pasado los principios juegan un papel crucial- determina el presente en el derecho como integridad. El realismo es un experimento que privilegia valores directamente sin ningún tipo de limitación institucional. Además, el realismo tiende a garantizar el bienestar general bajo el influjo de la filosofía política utilitarista.

La segunda cuestión, ¿hasta qué punto está justificada la coacción del estado?, la responde Dworkin mostrando un modelo de equilibrio entre los valores de la democracia. Por supuesto que no existen democracias reales que coincidan plenamente con el modelo. Sin embargo, en la medida en que se acerquen se justificará la coacción del estado.

Reflexiones críticas

Las dos mejores aportaciones de Dworkin a la filosofía jurídica son: la concepción del derecho como interpretación y el enfoque que proporciona el valor de la integridad. Sin duda, el derecho como concepto interpretativo es el arma más poderosa contra el positivismo y constituye el primer peldaño de su construcción. El segundo es el enfoque del derecho desde la perspectiva del concepto de integridad. Este enfoque ha producido numerosas tesis originales que se oponen a la visión utilitarista. El tercero, y en eso ha seguido a Hart, vincula el estudio del derecho al pensamiento filosófico. En el caso de Dworkin, la filosofía del segundo Wittgenstein, Rawls y últimamente la Hermenéutica y la crítica literaria.

No quisiera acabar sin apuntar algunas críticas a las ideas dworkianianas. En primer lugar, el enfoque de la integridad puede tener un valor absoluto o relativo. En ciertos pasajes, Dworkin sugiere que el valor de integridad es uno más entre otros, mientras que a veces parece que es ciertamente el valor supremo. La racionalidad y la coherencia del sistema de principios sería más importante que la justicia o la equidad. Eso significa que la integridad tiene fuerza para restringir las exigencias de la equidad o de la justicia. En su teoría no queda suficientemente claro el papel que juega la integridad y cuándo triunfa. La idea de integridad es muy ambigua, porque no sabemos si la justicia está subordinada a ella o no. Parece ser que el intérprete tiene discreción para justificar su decisión en base a este principio o cualquier otro importante.

Tampoco queda muy claro por qué el pasado debe ejercer un papel tan preponderante. Dworkin dota de un valor excesivo al

principio de estabilidad. Pienso que los principios que deben aplicar los tribunales deben ser los más adecuados para resolver los conflictos, y no los que se adecúen mejor a la historia institucional. No se entiende muy bien por qué los jueces deben seguir los principios institucionales históricos y no los más correctos (Barek, 198 1, pág. 3l). Además, en una tradición rica como la de los países desarrollados siempre se pueden encontrar fundamentos históricos para las decisiones contradictorias (Posner, 1990, págs. 202 y ss.). En la práctica es difícil establecer prioridades absolutas. Sin ellas no hay respuestas correctas.

Es cierto que si Hércules tiene tiempo ilimitado, inteligencia portentosa e información completa, será capaz de ofrecer una buena teoría para resolver problemas[7]. Pero otro juez ideal ¿acaso no podría ofrecer una respuesta distinta? ¿Cuál es el criterio que permite resolver la disputa? Los dos pretenden que su respuesta es la correcta. Pero ese ideal regulativo que debe presidir toda actividad judicial no se puede tomar al pie de la letra. El mundo real es distinto al mudo ideal de la información completa y tiempo ilimitado. Las tesis de Hércules sólo serían correctas si en el mundo real se cumplieran estas condiciones, y al no cumplirse no es posible enunciar la teoría de la respuesta correcta. Pero no sólo eso, pues es posible que cumpliéndose esas condiciones no se llegue a una solución definitiva y que el desacuerdo se mantenga[8]. Lo que sí es cierto es que quien toma una decisión pública argumenta que su plan es el mejor e intenta justificarlo. Pero ese es el ideal hacia el que tiende quien toma una decisión pública, y no es posible confundir la explicación de la intención del que decide con su resultado. Sólo con mucha cautela se puede pasar del mundo ideal al mundo real, y no existen garantías de una objetividad como pretende

[7] Véase R. Alexy, «Sistema jurídico, principios jurídicos y razón práctica», en Doxa 5, 1988, pág. 151, en la que afirma: «Una única respuesta correcta sólo podría admitirse recurriendo a cinco idealizaciones: 1) tiempo ilimitado, 2) información ilimitada, 3) claridad lingüística ilimitada, 4) capacidad y disposición ilimitada para el cambio de roles, 5) carencia de principios ilimitada». Véase también los recientes trabajos de L. Barragán, «La respuesta correcta única y la justificación de la decisión jurídica» y de A. Aarnio, «La tesis de la única respuesta correcta y el principio regulativo del razonamiento jurídico» en Doxa 1990.

[8] Como afirma Alexy, ibid. pág. 151, «queda aún por ver si sobre la base de semejantes idealizaciones es posible una única respuesta correcta para cada caso o si las diferencias antropológicas de los participantes en el discurso que obstaculizan el discurso hacen que, pese a las idealizaciones, puedan existir casos sin una única respuesta correcta. En todo caso, está claro que en la realidad no existe ningún procedimiento que permita, con una seguridad intersubjetivamente necesaria, llegar en cada caso a una única respuesta correcta».

Dworkin.

Otra cuestión muy enlazada con la anterior. La personificación de la comunidad y la justicia institucional. Aquí Dworkin está introduciendo una serie de criterios comunitaristas que no se compaginan muy bien con su idea de que los derechos son individuales. La aceptación de esa ficción comunitarista no es necesaria y constituye una especie de hipótesis *ad hoc* para defender un principio de solidaridad insuficientemente fundamentado. La defensa de una justicia institucional constituye el fundamento de por qué las respuestas son correctas (Posner, 1990, págs. 202 y ss.). Pero no hay acuerdo sobre el contenido de la justicia institucional (Atienza, 1991).

Otro aspecto interesante es preguntarse por qué los jueces deben decidir conforme a principios y no conforme a directrices que tiendan a preservar el bien colectivo. En los ordenamientos jurídicos positivos no existe ninguna regla que obligue a los jueces a juzgar conforme a los principios. Un Hércules II podría defender la idea de que los casos difíciles no sólo se deben resolver conforme a los principios que históricamente definen a esa comunidad, sino conforme a objetivos, directrices políticas, estándares y principios vigentes en esta sociedad. Si eso se acepta, y entonces el juez ideal tiene discreción, ¿cuál es la mejor respuesta? Esa no es una cuestión que se pueda contestar sin una toma de posición filosófica.

Para acabar, en líneas generales se puede afirmar que las intenciones del positivismo y de Dworkin son muy distintas. El positivismo jurídico pretende describir el derecho como un producto acabado compuesto por una variedad de elementos (Raz «Legal Principles and the Limits of Law», en Cohen, 1984, págs 87 y ss.). No está -en principio- interesado en el uso y en la justificación de las decisiones, sino en la identificación de los elementos y los materiales de construcción del argumento jurídico. Por esto, y desde su paradigma, el positivista estará muy interesado en distinguir entre el derecho y la moral. Se preocupa por diseñar criterios de delimitación de lo jurídico. Estudia el derecho como un producto acabado preparado para usarse en la resolución de conflictos. Pero el positivismo tiene que dar el salto -y en eso no es coherente- del mundo de la descripción al mundo de la justificación[9].

El planteamiento de Dworkin es muy distinto. Su preocupación fundamental no es la descripción sino la justificación. Pretende construir una teoría que sirva para ser usada por jueces y tribunales. Dworkin no estudia el derecho desde fuera, intentándolo describir

[9] Véase la entrevista de Raz en Doxa 9. La obra de Raz trata de responder a este problema.

como algo estático, sino que ve el derecho desde la perspectiva interna del juez[10].

Pienso que la polémica con el positivismo está desenfocada porque sus objetivos son muy distintos. Pero ese desenfoque ha sido especialmente útil para poner de manifiesto que el derecho debía ser observado desde la perspectiva del usuario y del que toma decisiones con fuerza vinculante. Y, desde el punto de vista positivista, es muy difícil mantener las tesis de la independencia entre la moral y el derecho, la descripción y la prescripción y, al mismo tiempo, ofrecer una teoría útil para el operador jurídico.

Dworkin ha sido injusto con el positivismo porque sólo subrepticiamente el positivismo ha mantenido tesis fuertes sobre la adjudicación. En realidad, los positivistas han respondido a Dworkin con concesiones que no alteraban el contenido esencial del positivismo, como por ejemplo la ampliación de la regla de reconocimiento o bien admitiendo que la discreción judicial tenía sus límites.

El aspecto positivo más importante de la polémica ha sido colocar en el centro de la discusión el papel de los principios y valores a la hora de justificar decisiones. No es casual que -desde perspectivas muy distintas- la actual problemática metodológica se centre más en las cuestiones de justificación que en las cuestiones de descripción de las normas y de los valores jurídicos.

BIBLIOGRAFÍA

Atienza: «La huelga de hambre de los GRAPO». Claves de Razón Práctico, 1991, n.º 14.

Barek: *Judicial Discretion*. Yale University Press, 1981.

Barry: *Democracy Power and Justice*. Oxford Clarendon Press, 1989.

Cohen: *Ronald Dworkin and Contemporary Jurisprudence*. London, Duckworth, 1984.

Dworkin (ed.): *La Filosofía del Derecho*. México, F.C.E., 1980.

Dworkin: *A Matter of Principle*. Harvard University Press, 1985.

Dworkin: *Law's Empire*. Belknap Press, 1986.

Dworkin: *Taking Rights Seriously*. Harvard University Press, 6 ed., 1977.

[10] Como afirma Raz, el derecho se concibe como la moralidad institucional de los tribunales. Véase Legal Principles and the Limits of Law, pág. 84.

Greenawalt: *Conflicts of Law and Morality*. Oxford Clarendon Press, 1987.
Hart: *The Concept of Law*. Oxford Clarendon Press, 1961.
Kelsen: *Reine Rechtslehre*. Wien, F. Deuticke, 1960.
Larenz: *Metodología de la Ciencia del Derecho*. Barcelona, Ariel, 1980.
MacCormick: *Legal Right and Social Democracy*. Oxford Clarendon Press, 2. ed., 1984.
Oppenheim: *Political Concepts. A Reconstruction*. Harvard University Press, 1981.
Posner: *The Problems of Jurisprudence*. Harvard University Press, 1990.

PORNOGRAFÍA Y FEMINISMO RADICAL*

El feminismo radical es, sin duda, un declarado enemigo de la pornografía. Las feministas radicales han sido, junto al sector conservador más reaccionario de la sociedad, quienes con mayor virulencia han abogado, tanto en el terreno teórico como en el de las acciones políticas, por la necesidad de una censura absoluta de la pornografía. La publicación de trabajos de diversa índole -académica, ideológica o directamente política-, manifestaciones públicas de protesta, acciones civiles y penales contra productores y distribuidores de material pornográfico, apedreamiento de escaparates de locales dedicados a la venta de pornografía, etc., han sido algunas de las formas de oposición a la pornografía utilizadas por ese colectivo. Este proceso de duro enfrentamiento tuvo su culminación en la ordenanza que, según un modelo propuesto por las feministas estadounidenses Andrea Dworkin y Catharine MacKinnon, aprobó un dividido Consejo del Ayuntamiento de la ciudad de Minneápolis a finales de 1983. Y aunque esa resolución fuera posteriormente vetada por el Alcalde Donald Fraser, sólo unos pocos meses después el Ayuntamiento de Indianápolis, enarbolando la bandera de la lucha antipornográfica, promulgó una versión algo modificada de esa disposición.

Esta última norma fue declarada inconstitucional por las autoridades jurisdiccionales federales al constituir una violación a la Primera Enmienda de la Constitución estadounidense. Decisión ratificada por la Corte de Apelaciones en agosto de 1985 y posteriormente por la Suprema Corte en febrero de 1986. Pese a ello, elementos del partido republicano, miembros de la llamada mayoría moral silenciosa, grupos de ciudadanos en

* Este trabajo ha sido posible gracias a la ayuda prestada por la Dirección General de Investigación Científica y Técnica al equipo investigador de Filosofía del Derecho de la Universidad Pompeu Fabra.

favor de la decencia, todos ellos en connivencia con las feministas radicales -auto-

proclamadas de izquierdas- propusieron la edición de disposiciones similares en Cambridge -Massachusetts-, Madison -Wisconsin- y Suffolk Country -New York-, entre otras localidades, aunque sin éxito[1].

A pesar de los problemas constitucionales que adolecía la medida legislativa propuesta por A. Dworkin y C. MacKinnon, tal iniciativa tuvo el efecto de reavivar el debate sobre el papel que juega en las relaciones sociales la discriminación sexual en general y la pornografía en particular, introduciendo en la discusión algunos conceptos que tuvieron cierto impacto en los ámbitos político y jurídico.

En realidad, el movimiento antipornográfico protagonizado por el feminismo radical había comenzado unos años antes, en 1970. Precisamente el mismo año que Richard Nixon rechazaba el Informe que después de cuatro años de trabajo había elaborado la Comisión sobre la Obscenidad y la Pornografía de los Estados Unidos recomendando la no prohibición de la pornografía para aquellos adultos que consistieran a ella. Desde ese momento, las feministas radicales se apropiaron del término «pornografía» para hacer referencia a la representación de materiales explícitamente sexuales dirigidos a la satisfacción del placer sexual de los hombres mediante la explotación y subordinación de la mujer[2]. Este movimiento consideraba a la pornografía como un elemento central de un sistema político que se caracterizaba por el ejercicio constante del poder del hombre sobre la mujer. Y sus movilizaciones, bajo el lema «*Take Back the Night»,* tuvieron lugar por aquellas fechas en numerosas ciudades americanas. Ahora bien, los argumentos utilizados por las feministas radicales se formulan de una manera bastante similar en todos aquellos países donde existen como movimiento. Si se presta una atención especial a lo sucedido en los EE.UU. es porque allí el debate adquirió mayor notoriedad y desarrollo. La bibliografía que originó es abundante y en las discusiones han participado algunos políticos, politólogos y juristas de prestigio. En líneas generales, los argumentos presentados son extrapolables a otros lugares.

---

[1] Para un análisis de las circunstancias políticas en que se desarrolló este proceso, véase: Downs, D., *The New Politics of Pornography.* The University of Chicago Press, 1989. También, Paul Brest y Ann Vandenberg, «Politics, Feminism, and the Constitution: The Anti-Pornography Movement in Minneapolis», en *Stanford Law Review,* vol. 39, febrero de 1987, págs. 607 y ss.; y Brigman W. «Pornography as Group Libel: The Indianapolis Sex Ordinance», en *Indiana Law Review,* vol. 18, 1985, n.º 2, págs. 479 y ss.

[2] Véase, por ejemplo, Longino H. «Pornography, Oppression and Freedom, A Closer Look», en Lederer L. (ed.) *Take Black the Night.* William Morrow and Co. New York 1980, pág, 42.

En la década de los 80 el movimiento antipornográfico, fomentado en buena parte por la oleada conservadora que vivía los Estados Unidos, cobró una mayor relevancia pública, si cabe, acaparando la atención de los medios de comunicación. Fue en este contexto cuando, a finales de 1983, A. Dworkin y C. MacKinnon fueron invitadas por la Minnesota Law School a dictar un curso sobre la pornografía. Mientras tanto, en la ciudad de Minneápolis se había constituido la *Neighborhood Pornography Task Force* con el objeto de presionar al Ayuntamiento para que restringiera a una única zona la posibilidad de distribución y venta de material pornográfico. Las dos feministas americanas citadas fueron exhortadas a sumarse a esa iniciativa, y aunque declinaron en principio la oferta por considerar el establecimiento de aquella zona específica una maniobra política reformista y una respuesta inadecuada al daño que causa la pornografía marcó el comienzo de una estrecha colaboración entre ambas y las fuerzas conservadoras de esa localidad; colaboración que culminó en una propuesta legislativa en favor de la censura de la pornografía.

Analizar el entramado del modelo de ordenanza propuesto en Minneápolis e Indianápolis resulta interesante porque permite examinar la actitud del feminismo radical hacia la pornografía, como así también la concepción que sobre la mujer, la relación entre los sexos y la sociedad a esa actitud subyace; a la vez que pone de manifiesto con claridad las alianzas políticas concretas que estos colectivos radicales realizan. Prestar atención a las tesis de A. Dworkin y C. MacKinnon tiene un cierto interés si se piensa en la repercusión que sus obras alcanzaron en los medios académicos universitarios y en el movimiento feminista en general. Hablar del feminismo radical y no del feminismo a secas, por otra parte, constituye una limitación del objeto de análisis necesaria. El feminismo no es una doctrina, un movimiento político o una ideología unitaria y coherente. Y aquello que enuncia una auto considerada feminista suele ser inmediatamente contradicho por otra de sus pares. La falta de presupuestos comunes en cuestiones morales, ideológicas y metodológicas, como así también la diversidad de objetivos, tácticas o estrategias políticas y la carencia de una propiedad común que permita identificar indubitablemente a los miembros de este movimiento condujo a la feminista Laura Brown a decir que «el feminismo es cualquier cosa que digamos que es»[3]. Que tal sea el caso explica y, en mi opinión, justifica que

[3] Citado por Alice Echols, «El ello domado: la política sexual feminista entre 1968-83", en Vance C. (comp.) *Placer y peligro.* Versión castellana: Julio Velasco y M.ª Angeles Toda. Ed. Revolución. Madrid 1989, pág. 88. La propiedad de «feminista» sería, en ese caso, puramente

centre la atención exclusivamente en el feminismo radical y, dentro de esa parcela, en algunas autoras determinadas[4]. En lo que sigue, me propongo: I. Presentar de una manera esquemática y breve el modelo de ordenanza antipornográfica propuesta por A. Dworkin y C. Mackinnon. II. Establecer cuáles son los presupuestos ideológicos, políticos y éticos que subyacen a esa ordenanza y III. Determinar cuál debería ser la actitud moralmente exigible, respecto de la pornografía, a un Estado constitucional.

I

La razón para la promulgación de la ordenanza en Minneápolis e Indianápolis era, en palabras de A. Dworkin y C. Mackinnon, que la pornografía viola los derechos civiles de las mujeres al constituir una práctica esencial en el proceso de discriminación y de subordinación sexual que convierte a la mujer en una ciudadana de segunda clase. De acuerdo a sus opiniones, habría una relación causal entre la pornografía y la opresión sistemática de la mujer. Según la exposición de motivos, el daño a las mujeres en la pornografía incluye su deshumanización y su explotación sexual, las relaciones sexuales y la prostitución forzadas, las agresiones, el terrorismo social y sexual, y la inferioridad de la mujer presentada como espectáculo. La pornografía -se agrega- crea acoso, persecución y denigración, tanto en público como en privado, y promueve agresiones y vejaciones tales como violaciones, malos tratos y el abuso sexual de niñas y niños.

Para mostrar este extremo, las promotoras, junto a la feminista conservadora miembro del partido republicano Charlee Hoyt, realizaron diversas audiencias públicas, uno de cuyos objetivos era entrevistar a supuestas víctimas de la pornografía. Esposas que habían sido obligadas por sus ex maridos a realizar prácticas sexuales calificadas como denigrantes aprendidas de libros y revistas pornográficas; prostitutas maltratadas por sus clientes que les exigían comportarse de la forma descripta en los materiales pornográficos; policías que declaraban que en algunas violaciones el agresor había sido detenido con

---

autoadscriptiva.

[4] En realidad, bajo el epígrafe «feminismo radical» se hace referencia a un conjunto de grupos que si bien participan de un cierto aire de familia mantienen algunas diferencias entre sí. Que el tema de este trabajo sea analizar la perspectiva de ese movimiento acerca de la pornografía hace que me refiera exclusivamente a determinadas autoras que precisamente han tratado ese tema, a la vez que me excusa que haya dejado de lado conscientemente otras cuestiones.

material pornográfico en el bolsillo; ex consumidores de pornografía arrepentidos que en el momento

de la audiencia pertenecían a organizaciones religiosas. Se presentaron testimonios de ex actrices de cine pornográfico como Linda Marchiano (Linda Lovelace, protagonista de la película *Garganta Profunda*) que narró cómo fue obligada bajo coacción y amenazas a participar en películas pornográficas; y un largo etcétera de supuestas pruebas que buena parte de los expertos no dudó en calificar de «poco fiable» y de «material anecdótico».

En dicha ordenanza se consideraba a la pornografía como una forma de discriminación basada en el sexo, y se la definía como «la gráfica subordinación explícitamente sexual de la mujer por medio de imágenes y / o palabras, y que también incluye uno o más de los supuestos siguientes: I. La mujer es presentada deshumanizada como objeto, cosa o mercancía sexual. II. La mujer es presentada como un objeto sexual que disfruta con el dolor o la humillación. III. La mujer es presentada como objeto sexual que experimenta placer sexual si es violada. IV. La mujer es presentada como un objeto sexual, sea atada, con cortes, mutilada, magullada o con heridas. V. La mujer es presentada en posturas que implican sumisión, servilismo o exhibición sexual. VI. Las partes del cuerpo de la mujer -incluidas aunque no limitadas a la vagina, los senos y las nalgas- son exhibidos de tal manera que la mujer queda reducida a esas partes. VII. La mujer es presentada como una prostituta por naturaleza. VIII. La mujer es presentada siendo penetrada por objetos o animales. IX. La mujer es presentada en contextos que la degradan, la agreden, la torturan y la muestran como un ser sucio o inferior, sangrando, magullada o herida, en un contexto que convierte esas condiciones en algo sexual». Se definía asimismo como pornográfico «el uso de hombres, niños o transexuales en el lugar de la mujer»[5]. Sobre esta ficción jurídica volveré más adelante.

Esta disposición otorgaba cuatro acciones civiles a las supuestas víctimas. Primero, la mujer coaccionada, fraudulentamente inducida o intimidada a realizar actos pornográficos tenía derecho a una acción resarcitoria contra productores, vendedores, exhibidores o distribuidores del material pornográfico. No se considera una excusa absolutoria la prueba ofrecida y producida de que la mujer no haya prestado resistencia, haya cooperado activamente, haya signado un contrato o haya realizado afirmaciones sobre su voluntad de ejecutar acciones pornográficas. Estos actos no precluyen

[5] Véase, «The Minneapolis Civil Rights Ordinance, with Feminist Amendment», en *Constitutional Commentary,* vol. 2, 1985, págs. 181 y ss. Y también Osborne, R., *Las mujeres en la encrucijada de la sexualidad.* La Sal, 1989, págs. 77 y ss.

la acción. El consentimiento de la mujer no juega aquí ningún papel. Segundo, si la mujer prueba que existe una relación causal entre el consumo de pornografía y las agresiones sexuales sufridas tiene la posibilidad de iniciar una acción de daño contra el productor, distribuidor y vendedor de dicho material, y no sólo contra su agresor. En los dos casos precedentes se puede solicitar una pena accesoria consistente en la prohibición de futura distribución, exhibición y consumo del material pornográfico. Tercero, la mujer que se viera forzada a consumir pornografía en su lugar de trabajo, en ámbitos educativos, en clubs privados, en el hogar o en cualquier sitio público podrá pedir responsabilidades al agente que lo produce y a la institución de la que se trate. Cuarto, toda mujer, aún cuando no esté incluida en los tres supuestos anteriores, está legitimada en tanto que mujer para actuar contra los materiales que discriminan a las mujeres. Esta última acción tiene por objetivo resarcir el daño cometido a la mujer por el mero tráfico de pornografía.

Considerar la pornografía y su mero tráfico en términos del daño que provoca al estatus de la mujer constituía el núcleo básico de la ordenanza. Se afirmaba, por definición, que la pornografía subordina a la mujer cosificándola y, por ende, transformándola en un objetivo de acoso sexual. Y mientras se señalaba que los hombres, niños o transexuales *podrían ser dañados* por la pornografía, se enfatizaba que en el caso de las mujeres *el daño siempre se produce*. Este aspecto de la ordenanza entró en conflicto con las normas que garantizan los derechos civiles. Como es sabido, estas últimas son formuladas en términos neutrales. Prohíben, por ejemplo, la discriminación de cualquier ser humano en virtud de la «raza» o del «sexo», en lugar de hacerlo respecto de un grupo social determinado. «Las diferencias entre los derechos acordados en la ordenanza a hombres y mujeres dio lugar a críticas durante los meses que siguieron a su promulgación, ya que ella misma era discriminatoria y no una medida en favor de los derechos civiles»[6]. Por ese motivo, se cuestionó la compatibilidad de una reivindicación de medidas de censura en base a ese modelo feminista radical con la defensa de los derechos humanos en general y del principio de igualdad en particular.

Convendría, ahora, detenerse un poco en el examen de los detalles de este modelo de disposición antipornográfica. Desde el punto de vista conceptual, la definición de pornografía propuesta

[6] Véase, P. Brest y A. Vandenberg, «Politics, Feminism and the Constitution:...» *ob. cit.,* pág. 620.

es vaga y ambigua[7]. Este aspecto ya fue señalado por el tribunal de primera instancia que declaró la inconstitucionalidad de la ordenanza. Según su fallo: «las personas sujetas a esta ordenanza no pueden elegir razonablemente entre conductas legales e ilegales, con la confianza de que conocen lo que esos términos (de la ordenanza) significan»[8]. Una notificación adecuada de que se ha violado una ley requiere, en un Estado democrático, que esa ley haya sido formulada mediante un lenguaje que respeta el ámbito usual de su significado. Quien lo utilice de una manera distinta tiene la carga de la prueba de que ese uso es claro. La ordenanza no hace ninguna de las dos cosas, y al presentar sus términos con un sentido emotivo-propagandístico sitúa a los ciudadanos en un estado de indefensión, siendo por consiguiente constitucionalmente reprobable. Expresiones como «posición degradante», «posturas de sumisión sexual», «objeto o cosa sexual» o «subordinación sexual» son no sólo difíciles de precisar, sino que, salvo que se tenga una idea preconcebida acerca de su significado, resultan simplemente incomprensibles. Según Raquel Osborne, «para unos la simple representación de un acto sexual sería degradante. Para otros, la degradación sería innegable cuando menos en el caso de la postura del misionero (el hombre encima, la mujer debajo). [Invitar a la penetración] (otro término del proyecto de ley) puede resultar para algunos equivalente a postular la identidad de las mujeres con las prostitutas (las mujeres decentes no solicitan esas cosas); para otros equivaldría en cualquier caso a una práctica machista, ya que el hombre sólo concibe la sexualidad de la penetración... Para ciertas personas, cualquier intento de separar la sexualidad femenina de la procreación, el matrimonio y la familia la convierte en un objeto, al removerla *de su lugar y contexto [naturales]...»*[9] Esta definición es asimismo inconveniente porque podría dar lugar a que un anuncio televisivo de un lavavajillas en que aparezca una mujer hablando como ama de casa de las bondades de ese electrodoméstico fuera considerado porno-

[7] Soy consciente que el lenguaje mediante el cual se formulan las normas jurídicas es vago y ambiguo. Expresiones como «agravante por nocturnidad», «cosa» o «hacienda», por ejemplo, poseen esas características. Señalar esos aspectos en la ordenanza podría carecer, en consecuencia, de relevancia. Hacerlo, sin embargo, pone al descubierto los intereses ideológicos y políticos que subyacen a ese tipo (y no a otro) de formulación. Afirmar que los inconvenientes de la definición propuesta por las feministas radicales se debe exclusivamente a las características del lenguaje utilizado es equivocar el análisis.

[8] Citado por Brigman, W., «Pornography as Group Libel: the Indianapolis Sex Discrimination Ordinance», *ob cit.* pág. 498.

[9] Véase, Osborne, R., *Las mujeres en la encrucijada de la sexualidad, ob. cit.,* págs. 52-53.

gráfico, si se asume que esa función es sexualmente degradante. En cambio, una película de lesbianismo puro, cuyo principal objetivo sea excitar a la audiencia -y de lograr ese objetivo- mediante la representación de escenas explícitamente sexuales que no dudaríamos en calificarla como pornográfica, podría no constituir un objeto denotado por la definición propuesta si se considera que no degrada a los partícipes. En estos casos, la definición feminista de marras en modo alguno reproduce el uso habitual del término pornografía, ni dada su imprecisión constituye un ejemplo de técnica legislativa adecuada. Pero además, como afirma Joel Feinberg[10] este tipo de definición no pretende únicamente señalar o aislar a la clase de pornografía más objetable, más ofensiva o más peligrosa para las mujeres, sino que reserva exclusivamente el uso del término «pornografía» a esos casos. Esta redefinición consciente que de ese vocablo realizan muchas feministas es la responsable en buena parte de las confusiones que se producen en el conjunto de las discusiones sobre el tema. «Por tanto, una crítica legítima a la definición de pornografía propuesta no se limitaría sólo a que no da verdadera cuenta de los materiales a los cuales la palabra se aplica de ordinario, sino que constituye una redefinición radical del término. Y una gran porción de los apartados incluidos en el concepto central de pornografía, tal como lo definen Dworkin y MacKinnon, deberían ser considerados más como una reflexión acerca de perversiones patológicas que como materiales que podrían excitar sexualmente a un hombre heterosexual normal»[11]. En este sentido constituye una definición persuasiva dirigida a cambiar la opinión de las personas haciendo que, inconsciente, adhieran a sus posiciones.

Por otra parte, la ordenanza no requiere como condición para la censura que el tema dominante de la obra, considerada como un todo, presente la subordinación de la mujer a través de un material explícitamente sexual. Bastaría que apareciera un único pasaje, sea verbal o gráfico, que sugiera esa subordinación para que toda la obra pueda ser declarada pornográfica[12]. Y al no

---

[10] Véase J. Feinberg, *Offense to Others*. Oxford University Press, 1985, pág. 145.

[11] Véase G. Hawkins y F. Zimring, *Pornography in a Free Society*. Cambridge University Press 1988, pág. 157.

[12] Véase Carr E., «Feminism, Pornography and the First Amendment: An Obscenity-Based Analysis of Proposed Antipornography Laws», en *UCLA Law Review,* vol. 34, 1987, pág. 1279. La consideración de la obra como un todo es un requisito reconocido por la Suprema Corte a partir del caso Miller vs. United State -1973- para que una determinada obra pueda ser declarada obscena y, por lo tanto, no sujeta a la protección de la Primera Enmienda de la Constitución estadounidense.

incluir ninguna excepción en virtud del valor literario, científico o artístico de la obra podría dar lugar a la prohibición de la reproducción, distribución, venta, exhibición o consumo de trabajos muy importantes de la literatura universal como el *Ulyses* de James Joyce, *Los trópicos* de Henry Miller, *El amante de Lady Chatterly* de D. Lawrence, *La filosofía en el tocador* del Marqués de Sade, etc.[13]. La carencia de excepciones de este tipo no es casual. La pornografía -se dice- debido al daño que causa y al negativo impacto que tiene en la vida de las mujeres es considerado un mal en sí mismo *(mala in re*) y debe, en consecuencia, ser prohibida de una manera absoluta.

«Irónicamente, además, una lectura literal de la ordenanza de Minneápolis podría hacer que los escritos de sus redactores y abogados estuvieran sujetos a persecución por violación de la misma ordenanza que buscaban promulgar. Los escritos feministas de Catharine MacKinnon, Andrea Dworkin y Linda Marchiano, por ejemplo, dan cada uno de ellos una ilustración gráfica y sexualmente explícita de las múltiples maneras en las cuales la pornografía subordina a la mujer. En resumen, partes de estos escritos feministas podrían ser considerados portadores de una subordinación sexualmente explícita, gráficamente descripta en palabras, de mujeres caracterizadas como objetos sexuales deshumanizados, y presentadas en escenarios de degradación, ofensivos, humillación y tortura en contextos que transforman estas condiciones en sexuales»[14].

Las acciones civiles que otorgaba la ordenanza posibilitaba, por otra parte, que si un único pasaje «pornográfico» de una obra maestra conducía a un lector sicológicamente trastornado a cometer una agresión sexual provocaba que por ese sólo incidente el autor, el editor-productor y el distribuidor de la obra fueran responsables por daños. Y como la pena accesoria era la prohibición de reproducción, distribución y venta de ese material, la acción de ese enajenado podría tener como consecuencia que le fuera vetada el consumo de la obra a la comunidad en su conjunto[15]. Pero si se tomara en serio la pretensión de los autores de la ordenanza habría que censurar casi cualquier material. En

---

[13] Véase Ronald Dworkin, «Two Concepts of Liberty» en Edana and Avishai Margalit (eds.) *Isaiah Berlin. A Celebration.* The Hogarth Press, 1991, pág. 103. El mismo articulo bajo el nombre «Liberty and Pornography» en *New York Review of Books,* 15 de agosto de 1991. En idéntico sentido, Donws, D., *The New Politics of Pornography, ob. cit.* pág. XXI.

[14] Véase Carr, E., «Feminism, Pornography and the First Amendment», *ob. cit.* págs. 1279-80.

[15] *Idem,* pág. 1280.

efecto, como ya puse de manifiesto en otro lugar[16], dentro de un contexto claramente sexual, la lectura del Viejo Testamento condujo a Albert Fish a castrar a niños pequeños para ofrecer sacrificios humanos a Dios. Por ese motivo, Anthony Burgess afirma: «Prohíba el Marqués de Sade y también tendrá que prohibir la Biblia. No más desnudos académicos, no más anuncios de medias, ninguna mujer en las calles de las ciudades (excepto las islámicas cubiertas con sus velos). No Hamlet. No Macbeth...»[17].

Sobre los peligros que conllevan disposiciones jurídicas con cláusulas semejantes a las de la ordenanza examinada no creo necesario abundar ahora. Sí en cambio me interesa subrayar dos cuestiones. Primero, la intencionalidad represiva absolutamente antiliberal de este modelo, tema sobre el que volveré más adelante. Segundo, el despreciable aparato conceptual utilizado, lo que de alguna manera muestra el estado de indigencia teórica que padece el feminismo radical en general, y que trataré de mostrar en el análisis del próximo apartado.

II

En cuanto a los aspectos ideológicos que subyacen al modelo de ordenanza anti pornográfica y que forman parte de la concepción del feminismo radical al menos pueden advertirse los siguientes[18]:

1. El hombre es un ser violento, como violenta es su sexualidad, siendo la pornografía uno de sus agentes causales. Según A. Dworkin, «los hombres aman la muerte. En cualquier cosa que hagan dejan un lugar central para la muerte y permiten que su rancio olor contamine cualquier dimensión de todo aquello que todavía sobrevive. Los hombres aman especialmente el asesinato. En el arte lo celebran, en la vida lo cometen. Los hombres abrazan el asesinato como si la vida sin él estuviera desprovista de pasión, de significado y de acción; como si el asesinato fuera un consuelo que silencia sus sollozos mientras guardan luto por la vacuidad y alienación de sus vidas»[19]. Según esta versión del

[16] Véase Jorge F. Malem Seña, «Acerca de la pornografía» en *Revista del Centro de Estudios Constitucionales* n.º 11, enero-abril de 1992, pág. 230.

[17] Véase Burgess, A., «What is Pornography» en Hughes D. *Perspectives on Pornography*. St. Martin Press, New York 1970, pág. 6.

[18] Para un análisis algo similar, véase: Bryden, D., «Between two Constitutions: Feminism and Pornography», en *Constitutional Commentary,* vol. 2, 1985, págs. 147 y ss.

[19] Véase A. Dworkin, «Why So-Called Radical Men Love and Need Porno

feminismo, el hombre, ser depredador y único culpable de la construcción de una sociedad que es definida como sexista, ama la muerte y la violencia. Y deja su impronta letal especialmente en aquel ámbito donde con más fuerza se manifiesta la opresión de las mujeres: el sexual. Algunas feministas radicales han afirmado que, en realidad, lo que el hombre llama «sexo» es una mezcla, en diversos grados, de antagonismo y violencia. Por esa razón, muchas feministas radicales han sostenido que no existe ninguna diferencia entre un coito mutuamente consentido y una violación. Desde esta perspectiva ambos términos son sinónimos[20].

La pornografía tendría por objeto describir esta forma de violencia. Pero no sólo cumpliría ese papel, sino que incitaría a ella. La provocaría. La pornografía, según C. MacKinnon, «sexualiza la violación, los golpes, las agresiones sexuales, la prostitución y el abuso de los niños, y por lo tanto los celebra, promueve, autoriza y legitima»[21].

En mi opinión, si lo que el feminismo pretende es afirmar la validez universal de juicios como los precedentes, entonces resultan manifiestamente falsos. La afirmación, por ejemplo, de que el hombre es un ser violento sólo puede ser entendida bajo el supuesto de que la mujer es un ser no violento; y que en el ejercicio de su propia sexualidad no caben la sumisión, las agresiones o las muertes. Sólo así puede entenderse la afirmación de que es biológicamente imposible para la mujer usar la fuerza sexual, esto es, ser superior o dominante[22]. Tal supuesto es, desde un punto de vista empírico, falso. Y utilizado como criterio justificatorio, simplemente, inaceptable. Veamos porqué.

La afirmación de que toda mujer es no violenta se da de bruces con la realidad. Son bien conocidos los ejemplos de mujeres que torturan, que forman parte de bandas terroristas, que agreden y aún matan a sus hijos, etc. Y respecto del delito de violación también resulta bien conocida las acciones de mujeres que, en distintos grados, en él participan, sea en tareas de facilitación,

---

graphy», en Laura Lederer (comp.) *Take Back the Night*. William Morrow and Co., New York 1980, pág. 149.

[20] Normalmente, señala Ángela Carter, «las mujeres no fornican, en el sentido activo. Son fornicadas en el sentido pasivo y por lo tanto quedan automáticamente fornicadas, aplastadas, destruidas». Las citas podrían multiplicarse hasta el hartazgo, no creo necesario hacerlo. Véase A. Carter, *La mujer sadiana*. Versión castellana: Graziela Baravalle. Edhasa 1981, pág. 57.

[21] Véase Catharine MacKinnon, *Feminism Unmodified*. Harvard University Press 1987, pág. 171.

[22] Véase A. Dworkin, *Pornography. Men Possessing Women,* A Perigee Books, pág. 134.

como inductora, sujetando los brazos de la víctima mientras el hombre la accede carnalmente, etc., sin olvidar por cierto que después de la reforma del código penal español del año 1989 la mujer puede perfectamente ser sujeto activo de ese delito que tradicionalmente fue definido como masculino. Lo narrado es suficiente para mostrar que el ser humano, sea hombre o mujer, es capaz de cometer actos violentos injustificados contra terceros, y que cualquier afirmación general acerca de supuestos comportamientos pacíficos de todos los miembros de un sexo, por el mero hecho de su pertenencia a ese sexo -y al margen de cómo se comportan realmente-, resulta empíricamente falsa. Lo cual, naturalmente, no es poco.

Pero si la afirmación de que el hombre es violento y la mujer no violenta no hace referencia ya a cuestiones empíricas -falsas-, sino a una supuesta «naturaleza» que determina cómo deberían ser los sexos surgen entonces problemas lógicos e ideológicos. En efecto, mientras algunas feministas consideran la naturaleza femenina como tierna, abnegada, protectora, pacífica e igualitaria, «se contempla la violencia masculina como algo intrínseco y como cristalización de la masculinidad»[23].

Ahora bien, cuando las feministas radicales utilizan la expresión «naturaleza del hombre, mujer» lo hacen con un claro sentido normativo. Pero obrando de esa manera se puede querer afirmar dos cuestiones distintas, tal como ha puesto de manifiesto Ernesto Garzón Valdés respecto de la llamada «naturaleza de las cosas»[24]. Si lo que se pretende con la apelación a la «naturaleza» es derivar juicios de deber ser a partir de situaciones de hecho de hombres y mujeres, se viola un principio lógico incurriendo en la llamada falacia naturalista. Si lo que en cambio se hace es presuponer ciertas premisas normativas que se adscriben a determinados comportamientos (que la sexualidad masculina es, por ejemplo, negativamente violenta; o que la penetración que se produce en el acto sexual es una agresión indebida) definiendo los valores positivos como femeninos y los masculinos como negativos, entonces se realizan procedimientos entimemáticos. Aquí el error no es de tipo lógico, pero existe un preconcepto ideológico arbitrario y no explicitado. En cualquier caso, ambas hipótesis son rechazables.

Y el problema no se resuelve en favor de la tesis de las feministas radicales ni aún

---

[23] Véase Echols, A., «El ello domado: la política sexual feminista entre 1969-83», *ob. cit.* pág. 85.

[24] Véase Garzón Valdés, E., *Derecho y «naturaleza de las cosas»,* T. II. Universidad Nacional de Córdoba -RA-. 1971, especialmente págs. 81 y ss.

en el caso que se acepte que la supuesta

violencia masculina no se debe a ninguna «esencia», sino que es fruto de una construcción social. Según Frances Olsen, comprender este punto es importante. El sexo no sería ya un dato pre social, inmodificable. «El sexo es universal, aunque también es históricamente específico y nuestra sociedad ha construido una sexualidad que a menudo está vinculada a la violencia. Si la relación de dominación y subordinación es sexual, la erotización de la violencia se transforma precisamente en un caso de la erotización de la dominación y subordinación»[25]. Pero nuevamente aquí aparecen los mismos inconvenientes que justamente se querían evitar. ¿Qué significa que la violencia masculina resulta de una construcción social?, ¿acaso que *todos* los hombres se comportan empíricamente de una manera violenta mientras *ninguna* mujer actúa de esa manera?, ¿puede explicarse y justificarse -o no- el supuesto comportamiento de una clase -la de los hombres- al margen de las acciones de todos y cada uno de sus miembros? Creo que no.

En realidad, la construcción del modelo del feminismo radical basado en la dualidad masculino-femenino, violento-no violento se muestra incapaz de servir como esquema explicativo de la realidad; a la vez que muestra sus miserias ideológicas enmascaradoras. Dentro de ese esquema es imposible encontrar contra ejemplos. Si algún hombre concreto es violento habrá validado el modelo, si no lo es, en cambio, se habrá comportado como una mujer, lo que asimismo validará el modelo. Y lo mismo sucede respecto de las féminas. Cualquier comportamiento, de cualquier individuo servirá, pues, para otorgar validez al esquema propuesto. Hablando del Marqués de Sade, Ángela Carter lo expresa de una manera categórica: «dentro de este esquema, macho significa tirano y hembra, víctima, sean cuales sean los sexos oficiales de las personas»[26]. Ahora bien, un esquema explicativo ha de estar compuesto de una hipótesis o de un conjunto de hipótesis. Pero si por definición no puede haber ningún caso que las falsee, entonces tal esquema resulta inútil, ya que, en definitiva, no sirve para explicar ningún caso. De todas maneras, ya se sabe: «los hombres aman la muerte...».

Por otra parte, tampoco queda claro en qué sentido se usa el término «violencia». Las feministas radicales han extendido tanto el ámbito de su significación que casi cualquier acción puede ser por él denotado. La utilización de términos con fuerte carga emotiva más allá de los límites de los cuales pueden ser usados

---

[25] Véase Olsen, F., «Feminist Theory in Grand Style», en *Columbia Law Review,* vol. 89, n.º 5, junio 1989, pág. 1156.

[26] Véase Carter, A., *La mujer sadiana, ob. cit.* pág. 34.

informativamente o como criterio justificatorio puede advertirse también en el uso que de la palabra «coerción» se hace en el modelo de disposición antipornográfica propuesto por A. Dworkin y C. MacKinnon. En efecto, redujeron tanto la intensión de las voces «violencia» y «coerción» que las hicieron perfectamente compatibles con el consentimiento que las personas podrían hipotéticamente llegar a prestar. De ese modo, se hace posible que una mujer, por ejemplo, pueda ser «violentada» o «coercionada» mediante actos a los cuales prestó su libre consentimiento. Esto explica la razón del porqué en la ordenanza examinada incluso una mujer que haya firmado un contrato válido para realizar una película pornográfica seguía poseyendo la acción por daños. Pero sostener la tesis de la compatibilidad del consentimiento con la coerción o la violencia no sólo constituye una contradicción en los términos, sino que destruye cualquier parámetro jurídico y hasta moral. Cualquier acción podría ser «violenta» o «coaccionadora» a condición de que el juzgador -las feministas radicales en este caso- así lo establecieran. Y como el libre consentimiento prestado por la supuesta víctima resulta inválido como excusa o justificación el grado de indefensión del supuesto agente de la supuesta violencia es total. Y si desde un punto de vista jurídico tal esquema resulta, en las democracias, claramente inconstitucional, desde el punto de vista ético es manifiestamente inaceptable[27].

Por lo demás, la creencia que la pornografía incita a la comisión de actos violentos carece de base justificada. Sobre este aspecto volveré más adelante.

2. Existe una ideología de la supremacía masculina. La pornografía constituye su explicitación. Según el feminismo radical existiría una ideología cuya función principal consistiría en diseñar y legitimar un contexto social general de supremacía masculina. Su primer dogma es la afirmación metafísica de la identidad dominante del hombre. Expresa su autoridad intrínseca, la cual no puede ser reducida o erradicada. Y para asegurar esta ideología el hombre utiliza su fuerza física, su potencialidad para imponer el terror, su dinero y su capacidad para nombrar, es decir, para generar un lenguaje y un esquema conceptual cuyo único fin es mantener la subordinación femenina. La pornografía no hace sino coadyuvar al diseño y mantenimiento de ese esquema opresivo. Según A. Dworkin, «La evaluación de la mujer en la pornografía es un tema secundario en que su degradación existe con el objeto

[27] Naturalmente, esta afirmación supone una cierta concepción del daño, de la posibilidad que un individuo se dañe a sí mismo y del consentimiento. Tema que se abordará en el apartado tercero de este trabajo.

de postular, ejercitar y celebrar el poder masculino. Poder masculino que al degradar a la mujer está primero interesado en sí mismo, en su perpetuación, expansión, intensificación y elevación»[28]. No es de extrañar, pues, que Susan Brownmiller afirme: «la pornografía, como la violación, es una invención masculina dirigida a deshumanizar a la mujer para reducirla a un objeto de acceso sexual y no a liberar su sensualidad de inhibiciones familiares o moralistas... La pornografía representa la esencia pura de la propaganda contra la mujer»[29].

Para cumplir con el objetivo de afianzar la ideología masculina, siempre según esta versión, la pornografía miente acerca de la mujer, de su sexualidad y de sus verdaderos intereses. En palabras de Helen Longino, «La pornografía miente cuando dice que nuestra vida sexual es o debe estar subordinada al servicio del hombre, que nuestro placer consiste en darle placer a los hombres y no a nosotras mismas, que somos depravadas, y que estamos dispuestas a ser objeto de violación, esclavitud, tortura y asesinato. La pornografía mienta explícitamente acerca de la sexualidad de la mujer, y a través de tales mentiras fomenta aún más mentiras acerca de nuestra humanidad, nuestra dignidad y nuestra personalidad»[30].

El hombre necesitaría la clase de mentiras expuestas en la pornografía en un intento desesperado de preservar su yo, su propia sexualidad y su posición dominante[31]. La propaganda sería el medio idóneo para hacer públicas y creíbles esas mentiras. En la pornografía se perseguiría imponer los estereotipos sexuales vigentes regidos por la relación dominación-subordinación. Por medio de la propaganda pornográfica los hombres y las mujeres serían dibujados como seres diametralmente opuestos, a menudo como enemigos. Y al seleccionar sólo una parte de la sexualidad de la mujer -la genital- la mostrarían al servicio del hombre, desposeyéndola de su propia naturaleza, de su propia esencia. La consecuencia de todo ello es que los papeles de dominación y subordinación sociales se ven reforzados, a la vez que se reproduce el esquema sexual vigente. La pornografía sería, pues, una forma de perpetuar el *status quo*. Beverly LaBelle lo expone con meridiana claridad, «Disimulada bajo su fachada de entretenimiento sexual-

---

[28] Véase A. Dworkin, *Men Possessing Women, ob. cit.* págs. 24-25.

[29] Véase Susan Brownmiller, *Against our Will.* Bantan Books. New York 1990, pág. 443.

[30] Véase Longino, H., «Pornography, Oppression and Freedom: A Closer Look», *ob. cit.* pág. 46.

[31] Véase Lurie, S., «Pornography and the Dread of Women: The Male Sexual Dilemma» en Lederer L. (ed.) *Take Back the Night, ob. cit.* pág. 160.

mente liberado, la pornografía propaga la filosofía de la supremacía masculina. Establece ideológicamente que la mujer existe sólo para la gratificación sexual del hombre. Debido a que tales ideas deshumanizadoras de la mujer son tan ampliamente aceptadas, no se reconoce a menudo a la pornografía como un sistema de propaganda diseñada para explotar y tergiversar las diferencias sexuales entre hombres y mujeres... La pornografía es la propaganda de la misoginia[32].

Creo, sin embargo, que un análisis detallado de estas afirmaciones basta para mostrar algunas imprecisiones conceptuales, ciertas falsedades de carácter empírico y errores varios en la argumentación. En primer lugar, aún cuando se admita que la pornografía muestra a las mujeres como seres cuya sexualidad ponen al servicio del placer del hombre no significa por cierto que las describan, sin más, en términos «degradantes». Si tal fuera el caso, serían representadas de manera laudatoria, como amantes consideradas, siempre prestas a ejecutar comportamientos supererogatorios. Al poner voluntariamente toda su potencialidad en favor del «otro», sin importarles su propio goce, realizarían las acciones típicas de una santa o de una heroína. De este modo, si se acepta que, en este caso, la pornografía miente acerca de la sexualidad de la mujer, no se debe aceptar que la difama, la degrada o la daña, ya que su mensaje sería éticamente positivo -supererogatorio-[33].

Además, podrían encontrarse materiales pornográficos que crecieran de representaciones femeninas; o aún más, materiales que representaran un hombre de tendencias masoquistas «humillado» y «dominado» por una amazona de portentosas dimensiones. Estos materiales no serían, ni podrían ser, de acuerdo a la definición aquí examinada, degradantes para la mujer[34].

Tampoco puede aceptarse las tesis feministas precedentes y decir a continuación que las mujeres son mostradas en la pornografía violadas, maltratadas o golpeadas para vencer su resistencia -recuérdese los términos de la ordenanza de Indeanapolis-, ni puede aceptarse que la pornografía miente igualmente porque muestra a la mujer preocupada sólo por su goce sexual, tal como lo hacen, Susan Griffin y concordantemente con ella el Papa Carol Wojtyla[35]. O la pornografía miente en un sentido, o lo hace

---

[32] Véase LaBelle, B., «The Propaganda of Misogyny», en Lederer: (ed.) *Take Back the Night, ob. cit*. pág. 178.

[33] Véase Soble, A., «Pornography: Defamation and the Endorsement of Degradation», en *Social Theory and Practice,* vol. 11, n.º 1, 1985, pág. 64.

[34] Véase J. Feinberg, *Offense to Others, ob. cit*. pág. 145.

[35] Citados por A. Soble, *idem* págs. 65 y 63 respectivamente.

en un sentido contrario, no en ambos a la vez. Pero de las múltiples contradicciones del feminismo radical no me haré cargo ahora.

En realidad, este tipo de contradicciones está motivada como señala Alan Soble porque se considera el mensaje pornográfico como claramente proposicional[36]. Pero ello constituye un error. La pornografía no está interesada en describir realidad alguna, ni en formular hipótesis acerca de la sexualidad, ni en esgrimir tesis explicativas del mundo. Su objetivo es más simple: lograr la excitación sexual de su audiencia. Para ello se apela a la fantasía del consumidor. De ser así, a nadie se subordina, a nadie se explota, a nadie se daña. Como tampoco lo hace una novela de ciencia ficción o un cuento de ladrones y policías[37].

Además, la afirmación que la pornografía es sólo una cuestión de hombres es empírica, cuya falsedad es manifiesta si se piensa que algunos de los últimos grandes éxitos editoriales pornográficos fueron escritos por mujeres, que en las grandes ciudades existen espectáculos pornográficos dirigidos exclusivamente a mujeres y que buena parte de los consumidores de cintas de vídeo pornográfico son mujeres. Y tal afirmación resulta peligrosa porque cierra un camino donde las mujeres pueden encontrar una nueva fuente del placer. Según Carole Vance, «es muy fácil avergonzar a las mujeres con respecto a lo sexual, y el movimiento antipornografía hace posibles nuevas formas de avergonzarlas. Las afirmaciones tradicionales de que el interés de las mujeres por lo sexual no es importante se vuelven a presentar cuando se apunta que la sexualidad es trivial, que distrae de los objetivos fundamentales o que no es política. Si se codifica el deseo sexual como masculino, las mujeres empezarán a preguntarse si alguna vez son de verdad seres sexuales»[38].

Por otra parte, en los Estados democráticos existen constituciones que rechazan abiertamente cualquier discriminación en razón del sexo como ilegítima. La ideología emergente del libera-

---

[36] *Idem,* pág. 66.

[37] La noción de «mentira» puede ser establecida en términos de condiciones necesarias y suficientes. Para que un enunciado pueda ser calificado de «mentira» ha de ser, en primer lugar, falso. Para que ello sea posible el uso del lenguaje utilizado ha de ser descriptivo. En segundo lugar, quien formula el enunciado, «el agente mentiroso», debe conocer que su mensaje es falso y lo oculta a sabiendas. Ninguno de estos dos aspectos concurren en el fenómeno pornográfico. Afirmar que la pornografía miente acerca de la mujer es conceptualmente inconsistente.

[38] Véase C. Vance, «El placer y el peligro: hacia una política de la sexualidad» en Carlo S. Vance (comp.) *Placer y peligro.* Versión castellana Julio Velázquez, Ed. Revolución 1989, pág. 18.

lismo moral que subyace a estas constituciones proclama como uno de sus dogmas más queridos el de la igualdad de derechos entre hombres y mujeres. Sería ocioso decir que entre quienes abrazan este liberalismo moral abogando, por tanto, por la igualdad entre las personas existen numerosos seres humanos del sexo masculino. Que *todos los hombres* asuman siempre una ideología machista es, pues, empíricamente falso. Señalar que la pornografía reafirma la ideología machista que *todo hombre* tiene es, sencillamente, inaceptable.

3. En esta sociedad dominada por el varón impera el sadismo cultural. La noción de sadismo cultural hace referencia, según Kathleen Barry, «al conjunto de las prácticas sociales que favorecen y propugnan la violencia sexual, incorporándola a la noción de lo que se define como comportamiento normal. Estas prácticas aparecen integradas en el tejido cultural y, en este sentido, el sadismo cultural tiene su propia evolución histórica y cuenta con una ideología de apoyo que lo legitima y lo justifica»[39].

La violencia sádica y la esclavización sexual de la mujer no serían fenómenos remotos o aislados. Son propios de nuestras sociedades, están presentes en el vivir cotidiano, y alcanzan su última expresión en el poder masculino de conquista. Según A. Dworkin, «los hombres cazan a las mujeres, las capturan, las atan, las engullen y las montan. Lo excitante está precisamente en el carácter no consensual del evento... El poder del sexo, en términos masculinos, es también funerario. La muerte lo permite. La trinidad erótica masculina -sexo, violencia y muerte- reina absolutamente. La mujer es o será muerta. Ellos la asesinan o la asesinarán. Cualquier cosa que ellos hagan será violencia»[40].

En tal sociedad, se iría perdiendo paulatinamente la distinción entre amor y violencia, entre sexo consensuado e impuesto. Se impondría un clima adecuado para la vejación de la mujer. Los golpes, las agresiones y la violación quedarían justificadas culturalmente y se perdería la separación entre mujeres «decentes» e «indecentes». Las formas concretas en que se manifiesta este sadismo cultural son amplísimas. Van desde el lupanar masculino local hasta los viajes programados de turismo sexual. Desde la posibilidad de ejecutar acciones degradantes contra las mujeres si se realizan en privado, a la compra del sometimiento físico a través de la prostitución o, según ciertas legislaciones, del matri-

---

[39] Véase K. Barry, *Esclavitud sexual de la mujer*. Versión castellana: Paloma Villegas y Mireia Bofill. Editorial La Sal 1987, pág. 225.

[40] Véase A. Dworkin, *Pornography. Men Possessing Woman, ob. cit.* pág. 30.

monio. La pornografía sería una manifestación práctica más del sadismo cultural. Difundiría cuáles son las prácticas sexuales aceptadas y, por tanto, posibles de ser impuestas en las vidas privadas de las personas. La pornografía «ya no describe únicamente las actividades sexuales que se desarrollan entre las prostitutas y sus clientes. La liberación sexual ha introducido en los hogares muchas de las extravagancias sexuales que los hombres tradicionalmente exigían de las prostitutas. La pornografía no describe sólo lo que puede hacerse con una prostituta, sino también con la amante, la esposa o incluso con la propia hija. A través de la pornografía comienzan a hacerse borrosas las distinciones consagradas por la sociedad y se va colmando rápidamente la brecha entre amor y violencia, entre mujeres [puras] y prostitutas»[41]. Y el tema básico de esta forma de representación sería el absoluto menosprecio de las mujeres, «en una filmación tras otra, las mujeres son violadas, cubiertas de esperma y de orina, penetradas analmente, golpeadas y, en una nueva modalidad en ascenso, asesinadas en medio de una orgía de placer sexual»[42].

Es claro que esta reconstrucción de las relaciones sexuales imperantes en nuestras sociedades y de la función que cumple la pornografía es altamente exagerada, cuando no manifiestamente falsa. En la mayoría de los países de nuestro entorno cultural -y en España de una manera específica- las agresiones sexuales están severamente castigadas, tanto si se producen dentro como fuera del matrimonio, en público y en privado. Las constituciones receptan en su seno normas antidiscriminatorias e imponen el respeto a la dignidad y a la autonomía de las personas. Soy consciente que este argumento en modo alguno convencerá a quien se sienta identificado con la tesis del feminismo radical. «Nuestras luchas -dice Kathleen Barry- amenazan los valores sexuales promovidos por la ideología masculina. Al hacerlo, nos enfrentamos al doble parámetro sexista que, mientras condena jurídicamente los actos de violencia sexual, en los hechos los valida ideológicamente en los medios de comunicación tales como la pornografía»[43].

Pero razonamientos de este tipo implican generalizaciones falsas por una parte, y, por la otra, argumentaciones circulares de nulo valor explicativo. Generalizaciones falsas porque, como se mostró en el apartado anterior, no es admisible, sin más, la

---

[41] Véase Barry, K., *Esclavitud sexual de la mujer, ob. cit.* pág. 224.

[42] *Idem,* pág. 225.

[43] Véase Barry, K., «Beyond Pornography: From Defensive Politics to Creating a Vision», en Lederer, L. (ed.) *Take Back the Night, ob. cit.* pág. 308.

existencia de una ideología masculina sustentada por todo el colectivo de hombres cuya única misión sea la subordinación de la mujer y cuya expresión práctica sea la violencia sexual. Y que se generalice que la pornografía describa y promueva las acciones propias del sadismo cultural no responde a la realidad. De todos los materiales pornográficos examinados por la Comisión Meese, por ejemplo, sólo el uno por ciento contenía escenas violentas, mientras en la industria se sostiene que tiene esa característica incluso un porcentaje inferior.

La percepción que la pornografía es una representación que está firmemente interesada en la dominación y subordinación de la mujer por medio de la violencia es inadecuada y está basada en una percepción selectiva. «Como una cuestión de definición, las escenas de violación y de violencia contra las mujeres son relativamente raras en los cines pornográficos de audiencia masiva: las películas pornográficas describen a hombres y mujeres dominados por la lujuria, lo que tiene como resultado que no hay resistencia a las propuestas sexuales. Un análisis reciente del contenido de 67 películas pornográficas en Nueva York, Houston y Austin encontró muy poco (menos del uno por ciento del total del tiempo filmado) sadomasoquismo o violencia. En su lugar, el estudio encontró que probablemente los hombres están más sujetos a tales violencias que las mujeres. Basado en estos datos, es discutible la tesis de que las mujeres son, en la pornografía, *rutinariamente* brutalizadas; esa tesis es, al menos, sesgada»[44].

A la circularidad del modo de razonar del feminismo radical ya se hizo referencia también con anterioridad. Si se prueba que un hombre comete aquellos actos violentos propios del sadismo cultural sus afirmaciones quedan contrastadas. Si se comprueba, en cambio, la vigencia de la legislación y prácticas sociales antidiscriminatorias se trata de un ejercicio de doble moral. Todo vale para sostener la tesis de la *demonización de lo masculino*. En concordancia con esa tesis, el feminismo radical afirma que el Estado democrático es un instrumento de dominación de la mujer.

4. El Estado democrático y su derecho está diseñado para acallar y subordinar a la mujer. La pornografía silencia a la mujer mientras enseña a los hombres cómo deben tratarlas.

Como se sabe el Juez del Distrito que sancionó la inconstitucionalidad de la ordenanza de Indianápolis adujo que ésta violaba la Primera Enmienda de la Constitución de los EE.UU. que garantiza la libertad negativa a la libertad de expresión. En opinión del juez Eastebrook no se puede prohibir un material que única-

[44] Véase Brigman, W., «Pornography as Group Libel:... *ob. cit.* pág. 495.

mente refleja una opinión en la cual las mujeres pueden aparecer sometidas o dominadas. No puede prohibirse un «speech» por malo que sea su mensaje sin destruir el principio a la libertad de expresión.

Pero desde una perspectiva feminista, las consideraciones precedentes resultan intolerables. En opinión de K. MacKinnon, cuando la pornografía es defendida en el nombre de la libertad de expresión se lo hace acallando a mujeres y niños, sobre cuyo silencio el derecho, incluyendo la Primera Enmienda, fue construido.

Según esta versión, la cláusula de libertad de expresión en la Constitución estadounidense fue impuesta por hombres blancos que eran propietarios de esclavos, por hombres que eran propietarios de mujeres. Cumplieron su objetivo de salvaguardar esa libertad de cualquier ingerencia estatal, pero a costa de silenciar a las mujeres. «Observando la constitución a través de la lente del feminismo, -dice K. MacKinnon- se ve inicialmente la exclusión de las mujeres de la Constitución. Esto es decir simplemente que nosotras no tenemos ninguna voz en el documento constitutivo del Estado»[45].

Las constituciones, en general y no sólo la norteamericana, se interpretarían como algo estructurado alrededor de lo público. Ello significa que las garantías para la libertad de los ciudadanos comienza donde empieza el derecho. Esta tesis es exaltada -continúa la feminista americana- como [libertad negativa] y constituye la piedra angular del Estado liberal. Pero una interpretación liberal de la Primera Enmienda se mueve dentro de un nivel abstracto y fracasa al no tomar en consideración el daño concreto en forma de expresión infringidos a los grupos sin poder. La posición absolutista de la interpretación de la Primera Enmienda de la constitución estadounidense según la cual existe un igual interés en el mercado de las ideas es falso respecto de las mujeres. «En primer lugar, porque el mercado de las ideas es literal: aquellos con más dinero para gastar más pueden hablar, y las mujeres son pobres. Segundo, proteger a los pornógrafos, como ahora lo hace la primera Enmienda, no promueve la libertad de expresión de las mujeres. No lo hace. La pornografía no está en función de nuestra libertad de expresión. Como mujer, no tenemos en el sistema existente el nivel que dicen que tenemos»[46]. Subrayar este aspecto es importante porque a juicio de las feministas las mujeres son oprimidas socialmente, a menudo en con-

[45] Véase K. MacKinnon, *Feminism Unmodified, ob. cit.* pág. 206.
[46] *Idem* pág. 140.

textos íntimos y no sólo públicamente. La estructura jurídico política que permite que en contextos no públicos se someta a la mujer provocaría que precisamente aquellos ámbitos donde la mujer más subordinada se viera serían asumidos por la Constitución como el reino de la libertad. La democracia, arguye K. Barry, «establece un entorno pluralista favorable para la proliferación de la ideología del sadismo cultural. La diversidad de las perversiones sexuales encaja perfectamente con la noción pluralista de la diversidad cultural y queda reducida a la expresión coloquial [sobre gustos no hay nada escrito]. Nadie debería cuestionar ni preocuparse por cómo cada uno intenta satisfacer sus necesidades sexuales. Nuestra sociedad garantiza el derecho a la libertad de expresión, y la pornografía, se argumenta, no hace daño a nadie más, de modo que si un tipo la quiere, debe dársele lo que desea»[47].

Pero estas afirmaciones resultan implausibles. Es algo reconocido en el ámbito constitucional que lo garantizado por las cláusulas de libertad de expresión es permitir el intercambio de ideas, aún cuando de éste se puedan derivar consecuencias negativas. Según Ronald Dworkin, «la libertad de expresión, concebida y protegida como una libertad negativa fundamental, es el núcleo de la elección que han realizado las democracias modernas, una elección que nos obliga a encontrar nuestra propia manera de combatir incluso las vergonzosas desigualdades que padecen las mujeres»[48]. De este modo el derecho aparecería también respecto de las mujeres como un elemento activo en la consecución de objetivos de libertad e igualdad para todos, y no como un mero instrumento de dominación.

Por otra parte, aun cuando se acepte que la libertad de expresión en sentido negativo sea una garantía contra la ingerencia estatal que puede ser esgrimida sólo en ámbitos públicos no se sigue que sea el instrumento por el cual se silencia a las mujeres. Las propias propuestas de A. Dworkin y K. MacKinnon, sus libros y sus numerosas intervenciones en diferentes escenarios de la vida pública plagadas de falsedades empíricas, errores argumentativos y de ataques contra la democracia muestran hasta qué punto no han sido como mujer acalladas y hasta qué punto sus propias afirmaciones resultan desmentidas por sus propias acciones. La asimilación que se pretende hacer, según Ronald Dworkin, del supuesto silencio impuesto a las mujeres en la pornografía a la producción de un alboroto o de un ruido ensordecedor que se

[47] Véase K. Barry, *Esclavitud sexual de la mujer, ob. cit.* pág. 271.
[48] Véase R. Dworkin, «Two Concepts of Liberty», *ob. cit.* pág. 107.

realiza para acallar a los participantes en una asamblea es propia de quien sufre una confusión conceptual. «No hay contradicción en sostener que una idea debe poder ser oída, aun si tiene como consecuencia que otras ideas sean mal comprendidas, o minusvaloradas, o imposibles de expresar porque quienes son susceptibles de defenderlas no tienen ningún dominio sobre su propia imagen pública y no pueden en consecuencia ser comprendidas como lo desean. Son consecuencias muy nefastas, y es necesario luchar contra ellas tanto como la Constitución lo permita. Pero estas actitudes no pueden llegar a privar a los individuos de su libertad de expresión»[49].

La implausibilidad de las tesis radicales también se pone de manifiesto cuando se sostiene que la libertad de expresión conduce, utilizada como manto protector de la pornografía, a la degradación de la mujer. Como ya fue señalado, la pornografía homosexual carece de representaciones femeninas. En esos casos difícilmente se puede degradar la posición de la mujer. Cuando la Ordenanza de Indianápolis definía como pornográfico el uso de hombres, niños y transexuales en el lugar de la mujer y asimilaba el papel de estos niños y hombres al de la mujer creaba una ficción que muestra hasta qué punto se partía de pre-concepciones acerca de los valores que imbuyen la sexualidad en general, el acto sexual en particular y que determinan la definición de subordinación. La adscripción de papeles, funciones y valores sexuales aparece aquí de una forma totalmente arbitraria, reflejo fiel de estereotipos infundados de comportamientos.

Es claro que el feminismo radical se muestra encorsetado bajo estereotipos sexuales de «normalidad» rígidamente definidos, fuera de los cuales campean las perversiones más denigrantes. Se pretende ignorar que los intercursos y prácticas sexuales pueden realizarse de muy diferentes maneras, todas ellas satisfactorias para los intervinientes si se comprende la naturaleza del acto en cuestión y se consiente a llevarlo a cabo. La imposición de patrones inflexibles de comportamientos sexuales definidos como correctos que nieguen la realización de otros alternativos, aun cuando éstos no dañen a nadie, conduce a un perfeccionismo moral éticamente inaceptable.

Finalmente, la acusación que la pornografía construye la representación social de la mujer, a la vez que genera pautas de comportamiento masculino que los hombres no dudan en seguir constituye otra constante en el pensamiento feminista radical. Según Catherine Itzen, «la pornografía... comunica inexorablemente: esto es lo que son las mujeres, esto es lo que quieren y esto

---

[49] Véase R. Dworkin, «Two Concepts of Liberty», *ob. cit.* pág. 108.

es lo que está permitido hacerles. En y a través de la pornografía los hombres enseñan cómo tratar a las mujeres y entonces éstas son subordinadas en la sociedad sexual, social y económicamente»[50].

Aquí el argumento nuevamente es de tipo causal. No se dice que la pornografía sea el síntoma, la consecuencia o el símbolo de la reconstrucción social de la imagen de la mujer, sino que es la *causa* de esa imagen. Es obvio, no obstante, que puede pensarse en una sociedad que carezca de representaciones explícitamente sexuales y que proyecte, pese a ello, una imagen de la mujer «degradada» o «dominada por el hombre» a través del sistema educativo o laboral. Bajo ese supuesto, no podría achacarse a la pornografía ser la causa de la distorsión de la imagen de la mujer; y, por cierto, por esa razón, su eliminación de la sociedad actual no garantizaría que esa supuesta imagen desapareciera. «El ataque a la pornografía como portadora de valores sexistas, valores que se extienden a la literatura, los anuncios comerciales, los entretenimientos y, desde este punto de vista, a la mayoría de los aspectos de la existencia social parecen justificarse simplemente sobre la base de que [algunas cosas son peores que otras]. Pero aunque esta proposición es indiscutible, en este sentido la pornografía no es más que un síntoma, algo que acompaña e indica la existencia de una condición patológica subyacente. Y aunque puede juzgarse más distorsionante, más descarada o más repugnante que algunos de los otros síntomas, no hay razón para creer que su supresión curará la enfermedad. Además, la medicina prescripta parece tener efectos secundarios probadamente indeseables, verdaderamente inaceptables, y no sólo para los consumidores masculinos, sino para todos los ciudadanos»[51]. La identificación de «causas» con «síntomas» constituye una muestra más de la debilidad teórica del feminismo radical. Y van...

Las acusaciones del feminismo radical precedentes tampoco pueden mantenerse en virtud de sus propios méritos si se toma en consideración, sobre todo, la extremada abstracción de la estructura pornográfica. Según Román Gubern, «a pesar de las acusaciones lanzadas contra el porno por el hiperrealismo de las acciones mostradas en la pantalla, el que sus personajes descontextualicen su actividad sexual de la vida afectiva y de sus roles e interacciones sociales empuja al género al campo de la pura abstracción, de la

---

[50] Véase C. Itzen, «Pornography and Civil Liberties». *Index on Censorship,* 9/1990, págs. 12-13.

[51] Véase G. Hawkins y F. Zimring, *Pornography in a Free Society, ob. cit.* pág. 172.

pura irrealidad, del esquematismo»[52]. Concordantemente con ello, Ángela Carter afirma: «Dado que toda pornografía se deriva directamente del mito, se deduce que todos sus héroes y heroínas, desde el más grosero al más complejo, son abstracciones míticas, héroes y heroínas dotados de dimensión y volumen. Cualquier destello de hombre o de mujer real está ausente de estas representaciones del macho y la hembra arquetípicos».

«La naturaleza de lo individual no se resuelve en esos arquetipos, sino que es ignorada por ellos, ya que la función del arquetipo es disminuir el Yo único a favor de un ser sexuado colectivo que, a causa de su propia naturaleza, no puede existir como tal, porque un arquetipo, sólo es una imagen que se ha extendido más allá de su significación originaria y engendra, en el mejor de los casos, una relación fantasiosa con la realidad»[53]. Si tal es el caso, la estructura pornográfica estaría recubierta por un manto de falsedad e incredibilidad que torna imposible la construcción de la imagen de la mujer y, mucho menos, un modelo a seguir.

Hay que subrayar, asimismo, que la pornografía no tiene una presencia generalizada en nuestras sociedades, y que se puede pasear cotidianamente por el mundo sin tropezarse con ella. Además, como ya expresé en otro lugar[54] aun cuando se admita que un material determinado degrada a una mujer determinada, no se infiere lógicamente que ese material degrade al conjunto de todas las mujeres del planeta. Del mismo modo que la sustracción de un radio cassette de un automóvil no implica un ataque a todos los automovilistas propietarios de radio cassette. Habría en quien sostuviera una posición semejante una falacia en la composición.

5. La pornografía no sólo es mala in re, es la causa de la comisión de delitos sexuales violentos. El argumento es simple. A una mayor disponibilidad de pornografía en el mercado le sigue un incremento considerable de ataques sexuales contra las mujeres. La pornografía causaría delitos tales como la violación, los abusos deshonestos, las mutilaciones rituales y, en algunos casos, hasta el asesinato. Como he tratado este tema en algún detalle con anterioridad[55], no creo necesario reproducir los argumentos ahora. Basta decir que no existen pruebas empíricas concluyentes que avalen esa pretendida relación

---

[52] Véase Román Gubern, *La imagen pornográfica y otras perversiones ópticas*. Akal/ Comunicación. Madrid 1989, pág. 12.

[53] Véase A. Carter, *La mujer sadiana, ob. cit*. pág. 14.

[54] Véase Jorge F. Malem Seña, «Acerca de la pornografía», *ob. cit*. pág. 231.

[55] *Idem,* págs. 229 y ss.

causal. Ni los estudios realizados permiten inferir indubitablemente tales conclusiones.

III

El modelo de ordenanza analizado como así también los presupuestos que a ella subyacen muestran claramente cuál es la concepción del feminismo radical respecto de la pornografía. La debilidad de sus argumentos ponen de manifiesto la fragilidad e inutilidad de su posición para diseñar una política acerca de la pornografía que respete el marco de las libertades básicas. Una política que, teniendo como objetivo fundamental la salvaguarda de la autonomía de las personas y por lo tanto de sus propios planes de vida sexuales, sea capaz de evitar que se dañe a otro.

Según la tradición liberal, el Estado y el derecho deberían generar instituciones cuyo fin sea el desarrollo pleno de la personalidad del individuo. Instituciones que garanticen el orden público, prohíban ataques a la vida o bienes de las personas y posibiliten la realización incluso de aquellos proyectos de vida que no son compartidos mayoritariamente. La noción de daño ha de ser entendida en este contexto como un ataque a las condiciones que permiten alcanzar aquellos objetivos. Y respecto de la pornografía, para que su prohibición quede justificada habría que probar alguna de estas dos hipótesis: o bien que produce un daño, o bien que, sin ser en sí misma dañina, genera acciones que sí lo son. Pero como se ha puesto de manifiesto en los dos apartados anteriores, el feminismo radical no logra demostrar que la pornografía sea un «agente causal» de daño, en ninguna de las dos hipótesis señaladas.

La consideración de que los materiales pornográficos son *mala in re,* al ser un elemento que causa «degradación» o «subordinación» no se sostiene. La afirmación de K. MacKinnon y adláteres de que la pornografía daña carece de referente empírico, y constituye, en realidad, una frase puramente propagandística.

Que la pornografía genere acciones delictivas violentas tampoco ha podido ser demostrado. La continua apelación del feminismo radical a los trabajos de Edward Donnerstein invocando sus tesis de que una prolongada exposición a la pornografía violenta no sólo desensibiliza al hombre sino que produce una actitud más permisiva hacia los ataques sexuales a las mujeres se hace desde posiciones interesadas y dogmáticas. El mismo Donnerstein se encargó de señalar que sus propias investigaciones no son generalizables fuera del laboratorio. Además, en sus últimos trabajos concluyó que la excitación sexual no es necesaria para favorecer una actitud agresiva hacia las mujeres, es la violencia el primer elemento que ha de ser tomado en consideración. Los autores e instigadores del modelo de ordenanza de Indianápolis, al propugnar

la prohibición de un material cuyo contenidos excedían las representaciones violentas, no podían apoyarse coherentemente para su justificación en las investigaciones invocadas[56]. Sumado a ello, el permanente acento que A. Dworkin y K. MacKinnon ponen sobre la pornografía violenta, a pesar de que ésta representa menos del uno por ciento del total, señala cómo los datos son utilizados con propósitos claramente distorsionadores. «Incluso si la ordenanza estuviera dirigida a la representación de la violencia, y fuera permitida, se abriría una Caja de Pandora de pretensiones acerca de que la violencia en televisión sea prohibida debido a los efectos causales similares»[57]. Se propugnaría así una peligrosa vía de prohibiciones que conduciría al autoritarismo. La censura se sabe cuando comienza, pero no cuando termina.

Algunas feministas incluso ni tan siquiera consideran necesario presentar prueba fiables que muestren la relación causal entre pornografía y daño. Todo se reduciría a una mera cuestión de sentido común. Según asume Kathleen Barry, «las relaciones causales entre pornografía y violencia sexual son perfectamente evidentes. No necesitamos seguir a los hombres individualmente fuera de los teatros específicamente pornográficos y ser testigos de cómo violan a la primera mujer que ven para comprender como mujer cuál es el impacto que tiene la pornografía en nuestras vidas. Sólo necesitamos apelar a nuestro sentido común»[58]. Y cuando se ofrecen evidencias en contrario o simplemente que no avalen ese especial «sentido común» es debido a que se participa del sadismo cultural. En palabras de la feminista estadounidense: «El hecho de que la Comisión sobre la Obscenidad y la Pornografía haya invertido muchos millones de dólares, muchos años y muchos volúmenes de investigación para tratar de refutar lo que es auto evidente y puede ser derivado del sentido común es un testimonio de su predisposición ideológica, su investigación sexista y sus valores masculinos»[59]. Para continuar en otro lado, «un análisis del estudio en que más se apoyó la Comisión como corroboración de estos resultados sugiere que los prejuicios liberales de los integrantes de la Comisión enturbiaron la objetividad con que deberían haber cumplido su cometido... Sus resultados fueron un producto de la historia y la ideología del

---

[56] Véase Thomas, A. McWatters III, «An Attempt to Regulate Pornography through Civil Rights Legislation: is it Constitutional?», *Toledo Law Review,* vol. 16, 1984, pág. 307.

[57] *Idem.*

[58] Véase K. Barry, «Beyond Pornography: From Defensive Politics to Creating a Vision», en Ledere, L. (ed.) *Take Back the Night, ob. cit.* pág. 311.

[59] *Idem.*

sadismo cultural, en vez

de atenerse a la búsqueda real de la verdad»[60]. Dudo mucho que el particular «sentido común» de las feministas radicales constituya un método idóneo para determinar la verdad de un enunciado, y ni tan siquiera para buscarla. Por otra parte, no creo necesario advertir sobre los peligros que se ciernen si se acepta como criterio justificatorio de la censura estatal el «sentido común» de alguien, al margen o en contra de las pruebas fiables ofrecidas. Las ideas preconcebidas tan propias de una posición perfeccionista aflora nuevamente en el feminismo radical, esta vez por boca de K. Barry.

Pero el hecho que no se haya podido probar que la pornografía causa daño y de la asunción de las tesis liberales enunciadas con anterioridad no se debe inferir que la pornografía no debe ser regulada sin más. En efecto, una política respecto de la pornografía que no tome en consideración a los niños y a las llamadas «audiencias cautivas» carecería de justificación.

La vinculación de los niños a la pornografía hace surgir ciertos problemas que no aparecen con los adultos. El bienestar de los niños debe constituir una preocupación central de la política estatal. Permitir que se comprometan en acciones pornográficas a través de la producción o de su consumo podría dar lugar al padecimiento de algún daño dada su incapacidad para comprender la naturaleza de tales acciones. Debería prohibirse, pues, su participación en la producción de pornografía para impedir que sean víctimas de abusos o explotación. Y debería prohibírseles asimismo su consumo con el fin de que no se dañen a sí mismos. El primer argumento se basa en el principio del daño a otros, el segundo en consideraciones paternalistas. Que los niños sean una de las clases de lo que Ernesto Garzón Valdés denominó «incompetentes básicos» justifica una restricción de sus libertades con fines benevolentes[61].

No pocos esfuerzos de las feministas radicales han sido dirigidos a tratar de mostrar que, en las sociedades actuales, la mujer se encuentra en una situación semejante a la de los niños. K. MacKinnon, por ejemplo, propone la aplicación a las mujeres de la doctrina que surge del caso *Ferber* en los Estados Unidos que admite la constitucionalidad de la persecución penal de la pornografía infantil. Según esta doctrina, es razonable pensar que se produce un daño mental, emocional y fisiológico en los niños

---

[60] Véase K. Barry, *Esclavitud sexual de la mujer, ob. cit.* pág. 256.

[61] Para una caracterización de la figura del «incompetente básico» y las condiciones requeridas para que una intervención paternalista sea justificada, véase: Ernesto Garzón Valdés, «¿Es éticamente justificable el paternalismo jurídico?». *DOXA,* n.º 5, 1988, págs. 155 y ss.

cuando intervienen en la producción de pornografía, y dado que la pornografía infantil tiene además un valor social mínimo debe ser eliminada del mercado con el fin de proteger a los menores. Y aunque la propia feminista estadounidense sostiene que las mujeres no son niños, en la nota de la misma página de su trabajo a la cual nos remite afirma: «dado lo que se ofrece en la pornografía resulta más difícil de lo común determinar la diferencia entre adultos y niños. Las mujeres adultas son infantilizadas en la pornografía; los niños son vestidos y usados como si fueran mujeres adultas...»[62]. Al margen de la confusión que es capaz de introducir K. MacKinnon al decir en muy pocas líneas que a las mujeres hay que tratarlas como niños a pesar de que las mujeres no son niños, pero que al mismo tiempo cada vez es más difícil distinguir entre niños y adultos, se esconde la idea de que en la pornografía -y no sólo en ella- las mujeres siempre son coaccionadas, ya sea de un modo físico, cultural o económico. El papel de la mujer en la sociedad, con independencia de su ubicación social, cultural o económica, es de subordinación y explotación. Todos los miembros de la clase del sexo femenino, por el mero hecho de pertenecer a ella, siempre son de alguna forma discriminados negativamente y sojuzgados. Bajo este prisma, el supuesto consentimiento que prestan las mujeres a la ejecución de acciones pornográficas -y a otro tipo de acciones, claro está- al haber sido otorgado en una situación de coacción resulta viciado y, por consiguiente, carece de valor. Ya el modelo de ordenanza examinado se hacía eco de este punto. La negativa del feminismo radical a tratar a las mujeres que de una manera voluntaria no comparten sus estereotipos sexuales como seres carentes de autonomía es una constante. «La cuestión no es sólo que cuando la mujer puede ser coaccionada con impunidad -afirma K. MacKinnon- tiene como resultado un conjunto de pautas que son devastadoras y peligrosas para todas las mujeres. La cuestión es también que los presupuestos que la disposición de la Primera Enmienda asume respecto de los adultos -que son autónomos, que se definen a sí mismos, que actúan libremente, que son individuos iguales- son exactamente aquellas cualidades que la pornografía niega y socava sistemáticamente a la mujer»[63]. En estas circunstancias, la situación de indefensión en la que se encontrarían las mujeres no diferiría en demasía con la de los niños.

Además, las mujeres al formar parte de una sociedad donde

---

[62] Véase K. MacKinnon, «Pornography, Civil Rights and Speech», *Harvard Civil Rights-Civil Liberties Law Review,* vol. 20, 1985, pág. 38, nota 77.

[63] *Idem,* pág. 36.

impera el sadismo cultural serían tratadas como objetos y como tales serían poseídas, golpeadas o muertas si no se muestran aquiescentes. Que esa aquiescencia pudiera ser considerada como consentimiento sería más que dudoso[64]. La generación de un proceso donde impera el sadismo cultural, por otra parte, crearía en la conciencia general falsas concepciones que sirven para justificar las desigualdades y el sometimiento. Al estar dotadas de una falsa conciencia, las mujeres no serían capaces de comprender sus verdaderos intereses, ni de tomar iniciativas que les permitan alcanzar sus propios fines. Las mujeres serían «incompetentes básicos». La conformidad que supuestamente prestarían a las prácticas sociales o sexuales no podrían constituir, por lo tanto, consentimiento alguno. Pero todas estas consideraciones requieren un análisis algo más detallado.

Es evidente que involucrar a niños en las actividades sexuales de los adultos es ilegal en cualquier contexto, y no sólo en la pornografía. Su falta de madurez es indiscutible. Y el derecho no debe proteger las representaciones y los beneficios que se obtienen a través de esos actos ilícitos. El caso de una mujer adulta es, sin embargo, completamente diferente. Es verdad que se comete un delito si una persona -sea hombre o mujer- es coaccionada para ejecutar acciones pornográficas o de otro tipo. Para imponer sanciones a los autores de esas prácticas no es necesario ninguna ordenanza antipornográfica, basta la aplicación de la legislación general vigente. Las medidas propuestas por A. Dworkin y K. MacKinnon son, en este sentido, superfluas. Prohíben lo que ya estaba prohibido.

Pero del hecho de que alguna mujer sea coaccionada no se sigue que todas lo sean. Es una cuestión empírica. Es concebible pensar que una mujer adulta puede elegir de una manera inteligente, libre e independiente ejecutar acciones pornográficas, si así lo hace no habría coacción o daño. Aquí la fórmula *Volenti non fit injuria* adquiere plena vigencia. Pensar que las mujeres carecen de una capacidad para consentir es transformarlas precisamente en seres discapacitados. Y ya la propia Corte Suprema de los EE.UU. en el caso *American Booksellers vs. Hudnut* estableció la imposibilidad de transferir la doctrina *Ferber* a las mujeres como clase. En palabras del Juez Baker, «las mujeres adultas tienen generalmente la capacidad de protegerse a sí mismas de participar en la pornografía y de ser victimizada por ella...»[65].

---

[64] Véase K. Barry, *Esclavitud sexual de la mujer, ob. cit.* especialmente págs. 237 y 273.

[65] Para un análisis en detalle de esta cuestión, véase Ann I. Park, «Feminism,

Por otra parte, si se extiende el argumento de asimilación de la mujer a los niños de K. MacKinnon se llega a la conclusión de que es degradante para la mujer, ya que implica que no tiene más capacidad deliberativa que un niño. En efecto, «el presupuesto fuerte de la ordenanza acerca de la coerción es también objetable porque refuerza la noción sexista de que las mujeres son incapaces de consentir... Las comparaciones entre las mujeres y los niños pueden servir únicamente para reforzar los estereotipos de las mujeres»[66].

Finalmente, considerar a la mujer como un ser carente de capacidad para consentir es muy peligroso, sobre todo para las propias mujeres. En efecto, el transformarlas en «incompetentes básicos» abre las puertas a las intervenciones paternalistas. Pero en toda intervención paternalista ha de existir una autoridad paternalista. Y la primera cuestión a dilucidar es, sin duda, quien será esa autoridad. Naturalmente, no puede ser el Estado, puesto que ha sido definido como un instrumento por el cual se somete a la mujer. Tampoco pueden ser la propias mujeres, ya que todas, por definición del feminismo radical, están munidas de una falsa conciencia y, por ende, discapacitadas. De lo que resulta que es el hombre el único que podría ejercer un benevolente manto protector. No conozco ninguna otra formulación más clara de una supuesta justificación de la dominación masculina que la ofrecida por esta versión del feminismo. A menos, claro está, que las propias feministas se autoadscriban la propiedad de estar «liberadas» de las cargas ideológicas que por las generales de la ley les correspondería. Pero mucho me temo que tal supuesto traería aparejados serios problemas conceptuales, al tiempo que sentaría las bases para la imposición de medidas arbitrarias y personalistas.

La expresión «audiencias cautivas» se ha utilizado para denotar aquellas personas que se sienten «atrapadas» por un fenómeno, en este caso el consumo de pornografía, sin desearlo. El reconocimiento de la autonomía de las personas exige que se respeten sus propios planes de vida, al mismo tiempo que obliga al Estado a tomar las medidas suficientes para impedir la imposición de lo indeseado. Ya el Informe Williams alertaba sobre los peligros de una falta absoluta de regulación de la pornografía por el daño que se inflingiría a tales audiencias. Con el objeto de evitarlo, se ha propuesto tradicionalmente que la exposición y venta de materiales

---

Pornography, and the First Amendment: An Obscenity-Based Analysis of Proposed Antipornography Laws», *UCLA Law Review,* vol. 34, 1987, págs. 1265 y ss. La cita en pág. 1282.

[66] Véase Rebecca Benson, «Pornography and the First Amendment: American Booksellers vs. Hudnut», *Harvard Women's Law Journal,* vol. 9, 1986, pág. 172.

pornográficos se realice en locales adecuados, destinados exclusivamente a esos fines y debidamente identificados. El rechazo de las feministas radicales a estas medidas es manifiesto. En efecto, la posición de las feministas es que la pornografía es tan omnipresente en la sociedad y el impacto que provoca es tan dañino que se hace imposible evitarla. Todos seríamos cautivos de ese fenómeno. Nuevamente aparecen aquí las significativas coincidencias entre las feministas radicales y las fuerzas más conservadoras de la sociedad. Pero que una persona sea «atrapada» y obligada a consumir algo en contra de su voluntad constituye nuevamente una cuestión empírica, no conceptual. Las tesis feministas en este punto son absolutamente exageradas y sin fundamento alguno. De la afirmación razonable de que hay que tomar medidas legislativas que regulen la producción y consumo de la pornografía para impedir el daño a los miembros de las audiencias cautivas se pasa, en virtud de las exageraciones feministas, a la implausible tesis de que dado que todos los seres humanos somos miembros de las audiencias cautivas debe prohibirse absolutamente la pornografía.

Con la finalidad de evitar el daño a los niños y a las audiencias cautivas, el Estado debería imponer restricciones de carácter espacial y temporal, en la dirección ya adelantada. Con ello se evita la prohibición de la producción y consumo de pornografía para aquellos que la incluyen en su proyecto de vida sexual, y que puede llegar a constituir una parte importante de su propio plan de vida. También así se sortea el problema de los niños y de quien no desea verse enfrentado a la pornografía y consumirla contra su voluntad. En ambos casos se garantiza el desarrollo de la autonomía personal. Todo lo que exceda de esas medidas carece de legitimidad. Haber mostrado que las feministas radicales mantienen tesis que conducen inexorablemente al perfeccionismo moral o al paternalismo no justificado señala el carácter éticamente inaceptable de sus posiciones. El modelo de ordenanza antipornográfico constituye un buen ejemplo de ello.

Que la ordenanza aquí analizada no haya superado la prueba de constitucionalidad impidió la imposición de una dudosa moralidad. «Uno de los aspectos más conflictivos del procedimiento de censura de Indianápolis es que permite a un cuerpo político sensible actuar por medio de una ley muy vaga, confusa y lógicamente inconsistente y en base a una afirmación filosófica casta para determinar cuál es la *verdadera imagen* que de un grupo se ha de representar en todas las formas de comunicación y en cualquier circunstancia. Precisamente es este tipo de actividad censoria que la Suprema Corte de los EE.UU. ha tratado de impedir mediante

una serie de decisiones que han establecido límites específicos a la censura...»[67].

Pero si la ordenanza de Indianápolis fue declarada inconstitucional y las tesis del feminismo radical se manifiestan moralmente inaceptable, no cabe duda, además, que la táctica política empleada por las feministas antipornografía resultó inadecuada. De hecho, al propiciar un clima político conservador, la ordenanza sirvió para la persecución de minorías sexuales como los homosexuales o las feministas lesbianas. «En SuffoIk Country, Nueva York, la ordenanza antipornografía fue enmendada para atacar a los homosexuales al incluir la sodomía como un mal fomentado por la pornografía»[68].

Por otra parte, la ordenanza permite requisar de librerías y comercios casi cualquier material explícitamente sexual dada la vaguedad y ambigüedad de sus términos. Ello dio lugar a que fuera utilizada contra la literatura y demás formas de expresión artística que representaban aspectos de la vida, creencias o vivencias de la comunidad feminista, lesbiana u homosexual. En Canadá, sobre una base legal similar e inspirado en el lenguaje y con los presupuestos propios del feminismo radical se censuró películas feministas, entre las cuales se encontraba una crítica feminista a la pornografía titulada «Not a Love Story»[69]. En otros casos se prohibieron libros y materiales en favor del aborto o de las prácticas anticonceptivas.

Tampoco queda claro que una ordenanza represiva sea una táctica política capaz de modificar las creencias de las mujeres. Mientras al mismo tiempo se plantean serias dificultades para comprender cómo pueden confiar las feministas que el sistema jurídico otorgue remedios para las víctimas de la pornografía si previamente definieron al derecho como masculino y opresor de la mujer.

Además, la historia de la ordenanza permite obtener lecciones políticas importantes. Cuando fue propuesta por primera vez en Minneápolis logró un fuerte apoyo del colectivo feminista en general. Pero pasado el tiempo y a medida que otros proyectos similares alcanzaban las ciudades de Indianápolis, Suffolk Country y Wisconsin, entre otras, ese soporte se fue debilitando, a la vez que se desplazaba y se concentraba aún más en las feministas

---

[67] Véase William Brigman, «Pornography as Group Libel: The Indianapolis Sex Discrimination Ordinande», *ob. cit.* pág. 505. El subrayado es mío.

[68] Véase Mary Lauby, Leslie Reagan y Daniel Grossberg «Feminists Propose Alternatives to Pornography Free Zone Campaign», *Againts the Current,* enero-febrero de 1986, pág. 39.

[69] *Idem,* pág. 40.

radicales, las fuerzas más conservadoras y los grupos políticos antisexo[70]. Y fue utilizada, en definitiva, como un arma arrojadiza contra buena parte de las feministas (no radicales) y contra buena parte de sus reivindicaciones históricas.

Finalmente, «la ordenanza supone que las mujeres como una clase (y sólo las mujeres) son subordinadas por cualquier imagen explícitamente sexual... Y supone que los hombres como una clase (y sólo los hombres) son condicionados por representaciones explícitamente sexuales para cometer actos de agresión y crear mitos misógenos. Tales presupuestos refuerzan y perpetúan los principales estereotipos sexistas, debilitan en vez de incrementar la lucha de las mujeres para liberarse a sí mismas de las arcaicas nociones de los papeles sexuales... La ordenanza refuerza la visión estereotipada de que la mujer [buena] no ambiciona ni disfruta el sexo... y que las mujeres son tan frágiles y los hombres tan confiar en el rechazo o el disfrute de manifestaciones explícitamente sexuales decididos por ellos mismos»[71].

Buena parte de la crítica aquí presentada a la concepción del feminismo radical fue de tipo conceptual. En otro lugar definí a la pornografía como la representación de manifestaciones explícitamente sexuales que habitualmente pertenecen a la esfera privada del ser humano realizadas con la intención de producir la excitación sexual de sus destinatarios y de alcanzar ese objetivo[72]. En mi opinión, esta noción, cuyos elementos no analizaré nuevamente ahora, capta el núcleo significativo del término pornografía. Las diferencias con el concepto propuesto por A. Dworkin y C. MacKinnon son notables. Pero mis diferencias no se reducen sólo a los aspectos definicionales. Creo haber mostrado las carencias teóricas, los errores argumentativos, las inexactitudes de carácter empírico, la inadecuación de las tácticas políticas utilizadas y la inaceptabilidad ética de las posiciones del feminismo radical, al menos en lo que concierne a la pornografía. Y si se parte de la tesis del liberalismo moral y del respeto a la autonomía de las personas se tendrá que concluir con las siguientes palabras de Ronald Dworkin, «el derecho a la independencia moral, si es un derecho genuino, requiere una actitud jurídica permisiva hacia el consumo de pornografía

[70] Véase Rebecca Benson, «Pornography and the First Amendment...» *ob. cit.* pág. 172.

[71] Véase Paul Brest y Ann Vandenberg, «Politics, Feminism and the Constitution...», *ob. cit.* pág. 655.

[72] Véase Jorge F. Malem Seña, «Acerca de la pornografía», *ob. cit.* pág. 224.

en privado»[73].

[73] Véase Ronald Dworkin, *A Matter of Principle*. Cambridge University Press. Massachusetts, 1985, pág. 358.

A R T Í C U L O S

UNA FUNDAMENTACIÓN DE LA SOCIOLOGÍA DEL DERECHO [1]

I

Cuando uno de los líderes y fundadores de la que últimamente viene denominándose ciencia del derecho «sociológica» publica una gran obra cuyo título anuncia la *fundamentación* de esta nueva ciencia, existen motivos para aproximarse a dicha obra con gran expectación, puesto que lo que se echa en falta en los numerosos intentos de reformar la ciencia del derecho, en los numerosos ataques que bajo la bandera de la «sociología» se han dirigido contra una jurisprudencia atrasada y acientífica, es precisamente un *fundamento* científico. Esta carencia es tal que habría que cuestionar seriamente si bajo el lema común de la «Sociología» se presenta una aspiración por realizar un objetivo claro y determinado. Si ha habido alguien llamado o especialmente capacitado para desarrollar el fundamento científico mencionado, esa persona es desde luego Eugen *Ehrlich,* cuyos agudos escritos fascinantes por su vivaz retórica han generado desde hace más de veinte años un importante grupo de seguidores.

La oposición fundamental, en lo que se refiere a objeto y método, que amenaza con dividir la ciencia del derecho en dos direcciones completamente distintas, resulta del doble modo de consideración (Betrachtungsweise) al que se cree poder someter el fenómeno jurídico. Se puede considerar (betrachten) el derecho como *norma,* es decir, como una forma determinada de deber-ser en tanto que regla específica de deber-ser y, en consecuencia, constituir[2] la ciencia del derecho como una ciencia *valorativa,*

---

[1] Este artículo de Kelsen apareció en la revista *Archiv für Sozialwissenschaft und Sozialpolitik* en 1915 y constituye una crítica al libro de E. Ehrlich *Fundamentación de la sociología del derecho* (München und Leipzig, Dunker U. Humboldt, 1913).

[2] El deber-ser jurídico aparece junto al deber-ético, al deber-ser estético y al deber-ser gramatical, como una de las diferentes posibilidades del deber-ser. El

normativa y *deductiva,* como la ética o la lógica. También se puede intentar, sin embargo, concebir el derecho como una parte de la *realidad* social, como un hecho o proceso cuya *regularidad* puede ser aprehendida *inductivamente* y explicada causalmente. El derecho es aquí una *regla de ser* (Seinsregel) referida a un determinado comportamiento humano, mientras que la ciencia del derecho es una ciencia *de la realidad* (Wirklichkeitswisserischft) que funciona según el patrón de las ciencias naturales. Con ello no se discute, desde luego, hasta qué punto dicha ciencia también es, como tal, una ciencia *social.*

Sólo en la medida en que se atribuye el carácter de *social* a una regla que expresa un determinado comportamiento similar de los hombres en su convivencia, se puede caracterizar como ciencia social o, si se quiere, como sociología, una ciencia que se preocupa de determinar las reglas de la vida jurídica o las reglas jurídicas. Que una sociología así caracterizada sea teóricamente posible, así como deseable para la explicación de la convivencia humana, no se va a poner en duda. Más tarde discutiremos en qué medida es posible una sociología del *derecho.* En todo caso es necesario dejar claro que una sociología del derecho es esencialmente diferente, tanto en lo que se refiere al objeto como al método, de una ciencia del derecho que tiene como tarea conocer no lo que de hecho es sino lo que debe ser con arreglo al derecho, esto es una ciencia *valorativa* y no explicativa, en otras palabras, una ciencia del derecho *normativa.* Naturalmente, no se puede hablar de una lucha entre ambas disciplinas en el sentido de que sólo una de ellas sea posible y esté justificada desde el punto de vista general del conocimiento científico[3]. Se apunta simplemente que es inad-

---

valor jurídico ha de ser pensado, por tanto, no como valor absoluto sino como valor relativo. El concepto de deber-ser ha de ser considerado en un sentido puramente formal, sobre todo en oposición a la concepción imperante que considera el «deber-ser» en el sentido material de un valor absoluto. El *conocimiento* del deber-ser jurídico, y no su establecimiento (Statuirung) corresponde a la ciencia jurídica; en este sentido, la ciencia jurídica es de carácter normativo. Compárese con Kelsen, Hans, «Hauptprobleme der Staatsrechtlehre», Ubingen, 1911, pp. 3 y ss.

[3] Recientemente Radbruch (Grundzüge der Rechtsphilosophie», Leipzig, 1914) ha intentado -a partir del sistema científico de Rickert- asignar al concepto de derecho su puesto entre las categorías del ser y del deber-ser. Este «singular reino intermedio» (p. 38) es el reino de la cultura; el concepto de derecho es un concepto cultural, la ciencia jurídica una ciencia cultural. No es éste el lugar apropiado para discutir estas cuestiones. La imposibilidad lógica de esta concepción aparece ya en los pasajes introductorios de la obra en cuestión: «el fenómeno cultural es una «formación del ser» (Seinsgebilde) en la medida en que puede ser el objeto de un juicio (es decir, de una valoración), en la medida en que constituye el substrato posible de un valor o de un disvalor» (p. 39). Y por

misible que se produzca una confusión en la manera de plantear los problemas que tiene cada dirección, o en otras palabras, que hay que evitar el *sincretismo de los métodos* de la ciencia del derecho normativa y de la sociología del derecho explicativa[4].

Bajo tales circunstancias, nos preguntamos si tiene todavía algún sentido caracterizar como ciencia *del derecho* a ambas direcciones de conocimiento científico, caracterización que despierta la ilusión de un objeto común. En efecto, la diferencia en el modo de consideración (Betrachtungsrichtung) y en la forma de pensamiento (Denkform) -aquí ser, allá debe-ser- trae como consecuencia una diversidad completa del objeto. Lo que los hombres deben hacer con arreglo a derecho y lo que los hombres hacen regularmente en cualquier tipo de relación, deben ser dos cosas al menos formalmente diferentes en el caso de que el contenido de la norma que determina lo que debe suceder y el contenido de la regla que expresa lo que de hecho sucede coinciden, esto es, en el supuesto de que sólo existiera un derecho consuetudinario. Desde un punto de vista puramente metodológico, no cabe duda de que tanto la forma de conocimiento cuyo paradigma viene establecido por la jurisprudencia *normativa,* como los juicios sobre *derechos y obligaciones* y sobre *normas jurídicas en el sentido de normas y relaciones de deber-ser,* son completamente ajenos a una sociología

---

ello, para Radbruch el derecho también es una «formación» de ser «en la medida en que sirve de substrato al valor de justicia» (p, 39). Tras haberse referido a las categorías de ser y de deber-ser como una «división fundamental de todo lo pensable» (para las que naturaleza-realidad y valor-fin son sinónimos) ¿cómo puede Radbruch afirmar que una formación *de ser* se convierte en el substrato de un *valor* si líneas arriba ha mantenido (p. 35) -correctamente- que lo «dado» se transforma en el reino *del ser* cuando uno se enfrenta a ello «con una actitud ciega ante los valores (wertblind), sin preocuparse del valor o disvalor; mientras que si lo «dado» es representado de un modo valorativo, se ordena hacia el reino del deber-ser, hacia el reino de los valores, etc.». El derecho o un fenómeno cultural sólo pueden por tanto constituir una formación *de ser* en la medida en que el modo de consideración (Betrachtung) es «ciego ante los valores». ¡Sin embargo el derecho como fenómeno cultural según Radbruch es precisamente el objeto de una valoración o el substrato de un valor! Aquí queda planteada una contradicción lógica. Un *ente* (Seiendes) no puede ser *valorado,* dado que algo es representado como algo-que-es (seiend) sólo de acuerdo con un modo de consideración (Betrachtungsrichtung) que es esencialmente distinto del que conduce a una valoración. La contradicción desaparece al exponer las categorías de ser y de deber-ser como una «división fundamental de todo lo pensable» (lo que hace el propio Radbruch), como una división exhaustiva entre dos conceptos autoexcluyentes; de ahí que una cosa que ni es ni debe-ser, ni ambas cosas a la vez, no pueda ser pensable.

[4] Compárase con: Kelsen, Hans, «Zur Sociologie des Rechtes» en Archiv für Sozialwissenschaft und Soziapolitik, Vol. XXXIV, p. 601 y ss.

del derecho que sólo se ocupa del *ser*. Una ciencia *del derecho* «sociológica» nunca podría expresar a qué y bajo qué condiciones está obligada jurídicamente o tiene derecho una persona o un grupo de *personas,* sino meramente lo que, bajo ciertas condiciones, determinados *hombres* (¡puesto que el concepto de *persona* es puramente normativo!), hacen o dejan de hacer habitualmente. Todos los conocimientos de una ciencia del derecho sociológica, sólo pueden ser conocimientos sobre la realidad, juicios de hecho, es decir, juicios sobre el nexo causal de determinados procesos regulares, y no juicios de valor como por ejemplo «esto es lícito, esto es ilícito», «alguien está obligado a esto, alguien tiene derecho a esto otro», del mismo modo que para la biología, la química o la psicología, no existe ni el bien ni el mal, ni lo lícito ni lo ilícito, ni el derecho ni la obligación, sino meramente hechos -indiferentes desde un punto de vista valorativo- y sus conexiones causales.

No vamos a tratar aquí la cuestión de saber si y cómo una parte de la realidad social se puede diferenciar como *derecho* o como *vida jurídica* frente a otra forma de realidad social para alguien que adopte un modo de consideración (Betrachtung) puramente causal -esto es, incondicionado (voraussetzungslose)-, que no guarde relación con ciertas *normas* (reglas de deber-ser) consideradas como válidas por el *observador* (Betrachter). En otras palabras, no se plantea la cuestión de saber si y cómo podría realizarse el postulado que dice que el derecho es aprehendido como una forma específica de una regla de *ser* de la convivencia humana que debe ser distinguida de otras reglas sociales de comportamiento. La solución a este problema constituye, evidentemente, la clave para una teoría sociológica del derecho. Quede aquí solamente apuntado lo que viene a continuación. Supongamos que la solución a dicho problema se revelara teóricamente imposible y que, asimismo, se reconociera como esencial del conocimiento *jurídico,* como lo específico de los enunciados que expresan algo lícito el que éstos sean una declaración sobre un *deber-ser,* sobre una norma, sobre una obligación o sobre un derecho, es decir, un juicio de valor (puesto que un análisis de todos los enunciados jurídicos afectaría al elemento valorativo o de deber-ser). En este caso, constituiría un grave error caracterizar de la misma forma, es decir, como ciencia *del derecho,* a la jurisprudencia normativa y a la disciplina sociológica en cuestión. Con lo que desde luego no se está cuestionando en modo alguno el hecho de que pueda existir, *junto a* una ciencia del derecho normativa, otra ciencia que explique e investigue desde otra dirección el comportamiento social habitual de los hombres.

Incluso en el caso de que se consiguiera diferenciar ciertas

reglas del comportamiento como «derecho» frente a otras reglas sociales, de manera que se diera un fundamento a una sociología del derecho particular, ese concepto de derecho -que representaría una categoría del ser social- sería, como es obvio, algo esencialmente distinto del concepto normativo de derecho que aprehende el derecho como norma -considerada como una categoría del deber-ser. Una cuestión diferente sería la de determinar si entre ambos conceptos existe algún tipo de relación que justifique una caracterización similar.

La incapacidad para discernir claramente desde el principio entre el modo de consideración del valor y el modo de consideración de la realidad (Wert- und Wirklichkeitsbetrachtung) debe ser percibida como una carencia grave en el trabajo de Ehrlich. Este autor dice querer establecer la sociología del derecho como una ciencia pura «teórica» frente a la hasta ahora jurisprudencia «práctica». Ehrlich reprocha a la equivocada jurisprudencia el hecho de ser «abstrayentemente deductiva» («abstrahierend deduktiv»). «Como si para el espíritu humano no hubiera mayor logro que la creación de formas vacías (blutleere Gebilde) que cuanto más abstractas son, pierden más el contacto con la realidad. [Dicha ciencia] se sitúa de esta manera en aguda contradicción con las ciencias auténticas, en las que domina el método inductivo y que intentan profundizar nuestra penetración en la esencia de las cosas a través de las observaciones de hechos y de la acumulación de experiencias» (p. 6). Ehrlich sostiene, evidentemente, la opinión que afirma que las ciencias sólo pueden ser *inductivas* al tiempo que da la impresión de ignorar la posibilidad de un conocimiento científico a través del método deductivo. También parece ignorar, con su aversión hacia las abstracciones «vacías», que ningún conocimiento puede renunciar a las abstracciones o a los conceptos, los cuales deben ser necesariamente «vacíos» (blutleer) frente a los concretos fenómenos individuales. Por otra parte, no se puede reprochar la falta de «contacto con la realidad» a una ciencia que desde un principio nunca ha pretendido ser una explicación de la realidad. Lo que se desprende de la posición de Ehrlich es la idea de que una «ciencia» del derecho sólo es posible como disciplina inductiva y causal-explicativa. Una sociología del derecho debería concebirse, sin duda alguna, de esta forma, situándose en completa oposición a una jurisprudencia normativa. Sólo que Ehrlich establece la oposición entre su sociología del derecho y la jurisprudencia contemporánea siguiendo una dirección completamente distinta. Dicha ciencia del derecho considera (betrachtet) el derecho, erróneamente, como «una regla para la actuación de los tribunales y de las otras autoridades (estatales)», mientras que la sociología

del derecho concibe el derecho «como una regla de la acción humana *general»* (des allgemeinen menschlichen Handeln) (p. 9), y de esta forma, el auténtico «concepto *científico* de derecho» está en la base de su conocimiento (p. 6). Dado el doble significado de la expresión "regla" -regla de ser o de deber-ser-, todo lo que se acaba de apuntar depende del sentido en el que Ehrlich emplee dicha expresión. En nuestra opinión *Ehrlich confunde completamente ambos significados* al presuponer que una regla del actuar es «obviamente una regla según la cual no sólo se actúa, sino también según la cual se debe actuar» (p. 7). ¡Este enunciado es evidentemente falso! Una regla que ha sido obtenida a partir de un modo de consideración (Betrachtung) causal-explicativo no es más que una regla de ser incapaz de dar una indicación acerca de lo que debe-ser. Lo que debe suceder no es, evidentemente, una cuestión que atañe al modo de consideración (Betrachtung) causal-explicativa. El biólogo no intenta determinar cómo deben comportarse determinadas formas de vida bajo determinadas circunstancias, o cuáles son sus obligaciones y sus derechos, sino exclusivamente cómo se comportan regularmente. De la misma forma, sólo así la sociología puede -en la medida en que la sociología es una ciencia del ser causal-explicativa- determinar las reglas de ser del comportamiento humano; y estas reglas de actuar ofrecen tan poca información sobre el deber-ser como las reglas o las leyes de la biología. ¡Es un modo de consideración (Betrachtungsweise) completamente distinto, que está orientado hacia las reglas del deber-ser, es decir, hacia las normas! Pueden existir desde luego normas que prescriban como debido (gesollt) un comportamiento que ha existido regularmente desde tiempos inmemoriales, como es el caso, por ejemplo, de una norma que prescribiera que se debe actuar de la misma forma que lo han venido haciendo nuestros antepasados desde tiempos inmemoriales. Este tipo de reglas de deber-ser no explicaría nada, no mostraría ningún nexo causal. Ahora bien, esta norma no es la única norma posible y constituiría un claro error mantener la opinión contraria. Pueden existir normas jurídicas que tengan dicho contenido. ¡Pero también existen, sin duda, otras normas jurídicas! De esta forma, en el campo del derecho, las reglas-de-ser y de deber-ser son completamente distintas según la forma, mientras que según el contenido pueden coincidir en parte, bien que esa parte sea hoy en día mínima. ¿Podría Ehrlich seriamente mantener la opinión de que incluso hoy el derecho consuetudinario es el único válido?

Si se examina más de cerca la oposición en la que sitúa Ehrlich su nueva sociología del derecho «teórica» frente a la jurisprudencia «práctica» contemporánea, se puede apreciar que dicha oposición

no tiene en modo alguno un significado fundamental y que no puede ser caracterizada como tal oposición. Hasta ahora se ha intentado determinar las reglas con arreglo a las cuales actúa una determinada categoría de hombres: los jueces y otros órganos estatales. La sociología del derecho se ocupa, sin embargo, de las reglas con arreglo a las cuales actúan *todos* los hombres. En ambos casos Ehrlich identifica las reglas del actuar efectivo con las del actuar debido (Handelnsollen). Se debería pensar entonces que hasta ahora la jurisprudencia habría sido también una sociología, si bien no una sociología *general* sino *especial,* una sociología de los órganos del estado -en el caso de que el estado sea identificado con sus órganos-: una sociología *del estado*. Pero lo que hace falta urgentemente es una sociología del derecho que presente las reglas de la acción humana «general». Es obvio que esta acción humana «general» no puede ser la acción de los hombres en general, sino sólo una acción especial de los hombres, una acción con arreglo a una determinada dirección, puesto que no es una sociología general sino una sociología del derecho la que debe ser fundada. Más adelante se tratará la manera en que Ehrlich diferencia en tanto que «derecho» aquella determinada dirección frente a las restantes direcciones de la acción humana.

«Acción humana general» (allgemeines menschliches Handeln) debe ser evidentemente la expresión -muy incorrecta- que se utiliza para designar algo más que el mero actuar de los órganos del estado. Bastante incomprensible es, sin embargo, que Ehrlich crea ofrecernos, con esta extensión de su investigación acerca de los órganos del estado, un modo de consideración (Betrachturig) *científico* (teórico) en oposición al *práctico* que está «hecho a la medida de los funcionarios judiciales». ¡Parece como si Ehrlich identificara la oposición entre la regla para la acción de los órganos estatales y la regla para la acción de todos los hombres con la oposición entre teórico (científico) y práctico, es decir, con la oposición entre causal y normativo, entre ser y deber-ser! Si fuera correcto afirmar que la jurisprudencia dominante se ocupa de las reglas con arreglo a las cuales actúan los órganos del Estado (y, en consecuencia, con arreglo a las cuales deben actuar, en el sentido de Ehrlich), entonces sería igualmente correcto afirmar que una disciplina teórica y científica, como la sociología del derecho de Ehrlich, determina las reglas con arreglo a las cuales actúan no sólo los tribunales, sino también todos los hombres, sobre todo si se considera que estas «reglas de la acción humana general» son no sólo reglas de ser sino también y al mismo tiempo reglas de deber-ser, es decir, *normas.* Estas «reglas» también reciben el nombre de «ordenamiento» (Ordnung), el cual

«asigna a cada miembro de la comunidad (Genossenschaft) sus tareas y su puesto, su posición de subordinación o su posición de superioridad en la sociedad» (p. 18). Estas reglas se deben concebir, por tanto, como reglas *de deber-ser;* y lo que es más, se dice que en este ordenamiento se cumplen obligaciones jurídicas. ¡Estas reglas, cuya determinación es la tarea de la ciencia del derecho «científica» (por oposición a la jurisprudencia «práctica»), cuya obtención es el objetivo de la sociología del derecho «teórica», tienen, simultáneamente en consecuencia, un carácter teórico y práctico!

¡Así comienza la *«fundamentación»* de una nueva ciencia!

II

No es fácil escribir una crítica *sistemática* de una obra que, como la *Fundamentación de la Sociología del Derecho de Ehrlich,* es completamente *asistemática* y tiene más bien el carácter de recopilación de algunos ensayos. Con ello no quiere decirse que el sistema sea siempre una virtud. La ausencia de una estructura o articulación rígidas -especialmente en trabajos que contienen una crítica negativa- es un aligeramiento que agradecen los lectores. Ahora bien, en la fundamentación de una nueva ciencia no se puede apenas renunciar a una construcción planeada y menos aún a una fundación (Fundierung) de los conceptos más importantes y de los principios, sin que la cuestión del fundamento deje de ser pertinente. Desgraciadamente, el trabajo de Ehrlich deja mucho que desear en este sentido. Es casi imposible seguir a lo largo de la obra la concepción de Ehrlich propiamente dicha, puesto que ésta adolece de toda conexión interna con cada una de las partes en donde se repite. Además, hay importantes presuposiciones (Voraussetzungen) que sólo se discuten en medio de cuestiones particulares interrumpidas a su vez por largos excursos histórico-jurídicos que no tienen nada que ver con el tema tratado.

Son analizados a continuación los conceptos fundamentales y los problemas capitales con los que opera la concepción ehrlichiana, todo ello en conexión con la idea que tiene Ehrlich de la sociología del derecho como una ciencia que debe obtener las reglas de la acción humana general a través del método inductivo.

Uno de los resultados más importantes a los que llega el trabajo de Ehrlich es ciertamente un conocimiento negativo: el derecho no se compone, como siempre se había creído hasta ahora, de *enunciados jurídicos* (Rechtssätzen). Ehrlich no deja de protestar con el suficiente énfasis contra la doctrina equivocada

que mantiene que el *derecho* es una *«totalidad de enunciados jurídicos»*. Antes de examinar el argumento de Ehrlich debemos establecer lo que se puede entender por «enunciado jurídico» en general.

«Enunciado jurídico» significa o bien la expresión lingüística de un deber-ser jurídico, y en este caso es idéntico a una norma jurídica, o bien la expresión lingüística de una regla del acaecer efectivo, y en este caso se trata de un sinónimo de regla de derecho en el sentido del ser (Rechtsregel im Seinssinne). Una diferenciación entre «proposición jurídica» (Rechtssatz) y «norma jurídica» (Rechtsnorm) no es aconsejable, aunque en ocasiones dicha diferenciación tiene lugar, por ejemplo, cuando se entiende como «norma jurídica» sólo el *imperativo* del comportamiento con arreglo al derecho, mientras que con el término «enunciado jurídico» se designa otra forma lingüística, por ejemplo, el juicio que conecta una consecuencia ilícita con un determinado supuesto de hecho (Tatbestand). La norma jurídica viene en este caso decretada por el enunciado jurídico. Para documentar el uso lingüístico general de los términos «enunciado jurídico» y «norma jurídica» sería conveniente, quizá, citar a un autor cuya autoridad reconoce sin reservas el mismo Ehrlich. *Gierke* dice en «Deutschen Privatrecht» (p. 133): «El *derecho objetivo*... es la quintaesencia de los enunciados jurídicos. Los *enunciados jurídicos* son *normas* que, con arreglo al convencimiento declarado de una sociedad, deben determinar externamente y de forma incondicional la libre voluntad humana». Gierke identifica, por tanto, enunciado jurídico y norma jurídica.

Ehrlich mantiene, sin embargo, que en los primeros tiempos había derecho y relaciones jurídicas pero no enunciados jurídicos. El derecho de las épocas más remotas era idéntico al «orden interno» (innere Ordnung) de las colectividades (Verbände) primitivas. «En los estadios de desarrollo inferiores existe una ausencia completa de enunciados jurídicos generales» (p. 28). Pero, ¿qué es el «orden interno» de las colectividades sociales? Obviamente, lo que todo «orden», es decir, o bien una totalidad de *normas,* o bien determinadas reglas-de-ser relativas al comportamiento de los miembros de la colectividad, es decir, en última instancia una cierta *regularidad* en su comportamiento recíproco. Se supone que para la sociología ese significado último del concepto de orden debería ser decisivo (maßgebend). De este «orden interno» de las colectividades primitivas que es el *derecho* de las mismas de acuerdo con la posición ehrlichiana, dice Ehrlich: «éste determina las condiciones y las consecuencias de un matrimonio válido, las relaciones intramatrimoniales, las relaciones entre los padres y los hijos y las relaciones recíprocas con otros clanes y familias» (p.

22). ¡Este orden es desde luego cualquier cosa menos una regla-de-ser sociológica! Ehrlich lo describe como disposiciones de deber-ser expresas. ¿Y no se debería considerar qué otra cosa, además de normas o enunciados jurídicos (en verdad enunciados jurídicos generales y *vigentes* para todos los miembros de la colectividad) deberían ser estas disposiciones fundantes de relaciones jurídicas que determinan las condiciones de un matrimonio válido o las relaciones entre padres e hijos? ¿No es cada parte constitutiva del «orden interno» (el cual, en palabras de Ehrlich, «determina las condiciones y las consecuencias de un matrimonio válido») un enunciado general del derecho matrimonial, dado que dicha parte constitutiva se refiere no a un matrimonio concreto, sino a todas las uniones que en la colectividad tienen vigencia en tanto que «matrimonio»? En esta colectividad, el hecho concreto de la unión entre dos personas ¿no constituye un matrimonio sólo en la medida en que viene referido (zuspricht) al «orden» de la colectividad, es decir, al ordenamiento matrimonial? Y cada supuesto de hecho ¿no tiene solamente aquellas consecuencias jurídicas que vienen determinadas por el ordenamiento matrimonial? Ehrlich mantiene que en estas colectividades hay un «derecho contractual». «El derecho contractual sólo se ocupa de los contratos que se celebran; no existen en modo alguno enunciados jurídicos generales sobre el contrato, faltan las reglas obligatorias, complementarias e interpretativas que aparecen en el Corpus iuris y en los códigos modernos» (p. 23). ¡Ciertamente! El ordenamiento jurídico del Corpus iuris y del código civil alemán moderno se diferencian en cierta medida del derecho existente «en las épocas remotas de los pueblos». Pero si en dichas épocas remotas, una promesa hecha por A y aceptada por B debía fundar una relación jurídica, debía dar lugar a un contrato con un efecto jurídico, es necesario presuponer la validez de un enunciado jurídico que dispusiera que un concurso de voluntades declarado como el que se contempla debía ser obligatorio. Si no, ¿cómo podría hablarse de derechos y obligaciones? Pero si nos limitamos a la consideración de los hechos, y podemos mantener, sobre la base del material observado, que también en las épocas remotas se formaban vínculos familiares duraderos en el seno de las colectividades, que en aquel tiempo los contratos también eran respetados de hecho, ¿no se está constatando con esto la existencia de una regla-de-ser, de una *regla de derecho* en el sentido en el que Ehrlich desarrolla el concepto sociológico-científico de derecho? ¿No estamos en presencia de un enunciado jurídico *general* en el interior de la colectividad, *enunciado jurídico general* correspondiente a la segunda significación de la expresión *regla de derecho* en el sentido de una

regla-de-ser? Debemos renunciar a toda comprensión de la posición de Ehrlich cuando éste afirma -tras haber definido como el único concepto *científico* de derecho «la regla de la acción humana»- que el antiguo derecho estatal romano fue un derecho sin reglas: «lo que Mominsen nos ofrece bajo ese título es (...) una descripción de lo que los órganos estatales romanos hicieron efectivamente durante la existencia del imperio romano. Mominsen ve por todas partes enunciados jurídicos generales que son en realidad, y salvo en el caso de excepciones irrelevantes, el resultado de su propio trabajo intelectual; son deducidos por él pero nunca fueron en Roma una regla para los supuestos de hecho» (p. 24). O, por ejemplo, cuando afirma: «Tácito da cuenta de las relaciones *jurídicas* de los antiguos germanos, pero basta una mirada superficial a su texto para ver que éste no contiene ningún enunciado jurídico, sino sólo indicaciones sobre lo que los germanos hacían o permitían hacer» (p. 25). Pero para una ciencia sociológica del derecho que considera que el derecho es una regla del comportamiento efectivo, ¿puede haber otro derecho estatal romano distinto del que describe lo que los órganos estatales romanos han hecho efectivamente, otro derecho alemán diferente del que da cuenta de lo que los germanos han hecho efectivamente? ¿Consiste el derecho en algo distinto de estas regularidades, de estas reglas-de-ser? ¿No constituyen ya estas reglas lo que Ehrlich más tarde denomina derecho «vivo» para designar el objeto propio de la jurisprudencia? ¿Y pueden estas reglas de derecho ser obtenidas a partir de otra cosa que no sea los hechos, son estas reglas sociológicas algo diferente de las reglas biológicas o meteorológicas que tan sólo pueden ser abstraídas a partir de la realidad? ¿Pero es posible que Ehrlich entienda bajo la expresión «enunciado jurídico» una regla de deber-ser? Utilizando una terminología completamente arbitraria, Ehrlich entiende por «enunciado jurídico»: «la regla de derecho fija y formulada a través de palabras que, emanando de un poder ejercido sobre el individuo, se impone a éste externamente» (p. 22). Ehrlich se refiere obviamente a la *norma* jurídica (en el sentido del deber ser) heterónoma. En otros lugares insiste de nuevo en que: «el enunciado jurídico es la formulación *vinculante, general y contingente de una disposición de derecho en una ley, o en un código»* (p. 29). Pero, ¿desde cuándo pertenece a la esencia del enunciado jurídico que éste sea establecido *por escrito? Tales* enunciados jurídicos no existían obviamente en los tiempos más remotos. ¡El ordenamiento jurídico actual tampoco consiste, desde luego, en *tales* enunciados jurídicos! Pero si Ehrlich entiende bajo la expresión «enunciado jurídico» una norma vinculante general, es decir, una disposición *de deber-ser,* no se puede ciertamente

concebir que dicho autor mantenga que el *derecho* se compone, al menos en parte, de tales enunciados jurídicos. ¡Hay que concluir, por tanto, que el derecho es en parte una regla-de-ser y en parte una disposición de deber-ser! ¡Esto no es en modo alguno posible si debemos ofrecer un concepto unitario de derecho! Parece como si Ehrlich opinara que originariamente no ha existido ningún enunciado jurídico *«general»* (pp. 23-24), sino tan sólo los diferentes órdenes «internos» individuales de las colectividades. Cada orden, no obstante, y en la medida en que se trataba de un «orden», debía tener una *validez general* o constituir una regla con eficacia general en la colectividad. Los enunciados jurídicos no tenían más que un ámbito de validez limitado. Sólo con el paso del tiempo se amplían las comunidades de derecho, los círculos jurídicos (Rechtskreise).

Al entender Ehrlich el concepto de enunciado jurídico en el sentido de norma jurídica, de regla de deber-ser, se dirige contra la concepción equivocada de los juristas que mantiene que sólo se puede hablar de relaciones jurídicas o de negocios jurídicos si se presupone la existencia de normas jurídicas o de enunciados jurídicos. «Cuando los juristas sostienen que antes de concluir un acuerdo *vinculante* o de redactar un testamento vinculante, es necesaria la existencia de un *enunciado jurídico* según la cual los *contratos o los testamentos tienen fuerza vinculante* (¡téngase en cuenta el concepto de enunciado jurídico!), están poniendo lo abstracto antes de lo concreto» (p. 28). Los juristas incurren, según Ehrlich, en un error *lógico*. «El estado existía con anterioridad a la constitución del estado (Staatsverfaβung), la familia es anterior al orden familiar, la posesión precede a la propiedad, los contratos existían antes que el derecho de los contratos, e incluso el testamento, allí donde aparece con carácter originario, es anterior al derecho testamentario» (p. 28). Es realmente difícil defender una confusión tan elemental entre la relación temporal y lógica, como la que aquí sostiene Ehrlich. ¡Nunca un hombre razonable ha sostenido que las normas jurídicas preceden *temporalmente* a los hechos que son calificados jurídicamente por aquéllas! Sólo *lógicamente* debe ser presupuesta una norma jurídica en el caso de que un supuesto de hecho deba tener un *significado* jurídico. ¿O cree realmente Ehrlich que un proceso natural (Seinsvorgang) cualquiera, pongamos por caso una declaración de voluntad acerca de lo que debe suceder con determinados objetos del declarante a su fallecimiento, puede ser considerada *con independencia* de que dicha declaración deba tener un determinado efecto *jurídico?* ¿Piensa Ehrlich seriamente que las cualidades «lícito» e «ilícito» obligación y pretensión, se adhieren a los procesos naturales

como los colores o las temperaturas? ¿Cree que los *juicios de valor o de significado* (Wert- oder Bedeutungsurteile) objetivos, como son los juicios jurídicos, son posibles a partir de una mera consideración (Betrachtung) de la realidad? ¡Carece de sentido decir que los contratos existen *«con anterioridad»* a la *presencia* de un enunciado jurídico del derecho de contratos, cuando un «contrato» es un hecho real (reale Seinstatsache) del mundo exterior mientras que el enunciado jurídico del derecho de contratos es una norma, una condición o suposición (eine Betrachtungsvoraussetzung) existente en el pensamiento (im Denken) del que califica ese hecho! No tiene sentido mantener que existen acuerdos «vinculantes», es decir que se puede imaginar un acuerdo vinculante, sin que sea *presupuesta* una norma que apareje ciertas obligaciones al concurso de voluntades -es decir, que estatuya un deber-ser respecto de las voluntades declaradas. Cuando Ehrlich recuerda desdeñoso a los juristas que «no es de los enunciados jurídicos, sino de las relaciones entre los hombres, es decir del matrimonio, del contrato, del testamento, de donde resultan derechos», nos deja perplejos la existencia de tal malentendido en un teórico del derecho. ¿Por qué está alguien *jurídicamente obligado* a hacer lo que ha prometido hacer a otro, es decir, por qué *debe* tal persona comportarse, conforme al derecho, de tal forma? ¡Esta pregunta se refiere al *fundamento de conocimiento* de dicho juicio de deber-ser y no a su *causa temporalmente* previa! Sólo en la medida que la promesa dada y aceptada es pensada como condición de un *deber-ser,* constituye tal promesa un *contrato vinculante.* ¡Y dicho deber-ser no puede percibirse como un hecho-de-ser(Seinstatsache) -como el hecho del contrato- ni deducirse a partir de juicios-de-ser (Seinsurteilen)! Sólo cuando *presupongo* un enunciado que declara que bajo determinadas circunstancias determinadas personas deben comportarse de una determinada forma, es decir, sólo en la medida en que se presupone una *norma,* puedo llegar a mantener la existencia de una obligación y, con ello, suponer la existencia de un contrato *vinculante.* ¿Es posible que sea todavía necesario repetir estas obviedades? La cima de la confusión tiene lugar cuando Ehrlich replica enfáticamente a la concepción -por él combatida- que establece una relación entre el enunciado jurídico y los hechos relevantes desde un punto de vista jurídico: «Los fenómenos sociales no pueden explicarse construyéndolos jurídicamente (...)» (cf. p. 28). De acuerdo, pero ¿cuándo se habría equivocado tanto la jurisprudencia como para *«explicar»* los *«fenómenos sociales»* a través de la relación lógica entre un enunciado jurídico y un estado de cosas?

Si por «enunciado jurídico» entendemos, como es usual, las

normas jurídicas generalmente vinculante, es lógicamente imposible concebir las relaciones jurídicas sin la presuposición (lógica) de tales enunciados jurídicos. La terminología de Ehrlich se aparta, en efecto, de lo usual. El concepto de enunciado jurídico, que en la obra de Ehrlich tiene una significación tan preeminente que casi asemeja dicha obra a una teoría de las normas -los conocimientos más importantes están en relación con dicho concepto-, no tiene parangón por su carácter oscuro y vacilante. Se insiste en que «una norma jurídica no debe confundirse con un enunciado jurídico. El enunciado jurídico es la forma fortuita y generalmente vinculante de una *disposición jurídica* en un código o texto legal» (p. 29). Normas jurídicas establecidas en códigos y otros textos legales y, por tanto, fijadas por escrito, sólo existen, naturalmente, en un momento avanzado del desarrollo. ¿Había dudado alguien de esto? El gran descubrimiento de Ehrlich, a saber, que en los tiempos remotos no existían enunciados jurídicos, ¿tiene que conducir a tamaña trivialidad? En interés de la obra de Ehrlich, no queremos llegar a esta conclusión. Pero por enunciado jurídico tampoco podemos entender los enunciados gramaticales de una ley o de un código. ¡Tal concepto no tendría en modo alguno un significado dogmático! ¿Qué es entonces un «enunciado jurídico» en el sentido ehrlichiano? «Una *norma jurídica»* que debe ser distinguida de un enunciado jurídico, «el mandato jurídico incorporado en la *acción* tal y como dicho mandato impera, incluso sin una forma verbal, en una determinada y quizá *completamente reducida* colectividad» (p. 30). De acuerdo, una norma jurídica es un «mandato jurídico». ¿En qué se diferencia, entonces, un «mandato jurídico» de una «disposición jurídica», que es como se caracteriza el enunciado jurídico? El mandato jurídico debe ser «incorporado a la acción» para poder ser una norma jurídica. Y si la norma jurídica no es observada -esto es, si la norma no es incorporada a la acción- ¿quiere esto decir que no tiene todavía el carácter de norma jurídica? ¿Qué quiere decir: «sin una forma verbal»? ¿No debe ser verbalizable todo mandato jurídico, toda disposición jurídica? ¿Cómo podrían comunicarse sino a través de *palabras* las disposiciones o mandatos jurídicos? Que éstos no tengan que ser necesariamente establecidos por escrito en códigos u otros textos legislativos, es evidente. Si los enunciados jurídicos «han terminado por ser realmente efectivos, de dichos enunciados jurídicos resultan normas jurídicas». ¡Ni con la mejor voluntad se puede imaginar algo como lo dicho en la frase anterior! «En toda sociedad hay muchas más normas jurídicas que enunciados jurídicos, puesto que siempre hay mucho más *derecho referido a las relaciones singulares* que referido a todas las *relaciones similares,*

de la misma forma que también hay más derecho del que son conscientes los juristas contemporáneos que tratan de formularlo verbalmente» (p. 30). De acuerdo, pero ¿cómo es posible que el derecho venga referido a una relación *singular* cuando el derecho es una regla? Para que pueda hablarse de *derecho* ¿no deben tratarse de la misma forma todas las relaciones similares que tienen lugar *dentro de la sociedad jurídica?* ¿Qué significa, entonces, el «orden interno» de la colectividad que Ehrlich opone a los enunciados jurídicos generales, sino que determinadas relaciones similares dentro de la colectividad deben ser determinadas de la misma forma? De este «orden interno» que no se compone de enunciados jurídicos y que significa derecho *antes* de que existan enunciados jurídicos, Ehrlich dice, por ejemplo: este orden interno «determina las condiciones y consecuencias de un matrimonio válido». ¿De un *único* matrimonio o de cada matrimonio que se celebra en el seno de la colectividad? ¿Estamos en presencia del «derecho» para una relación «individual» o «para todas las relaciones similares» El mismo Ehrlich dice en otro lugar (p. 96): «Un hecho individualizado en la sociedad no es un hecho social... sólo una vez que se hace *general* puede mostrarse como un componente del *orden social».* ¡Ehrlich dice que hay más normas jurídicas que enunciados jurídicos porque hay más derecho del que son conscientes los juristas cuando lo formulan verbalmente! ¿Pero qué tienen que ver aquí, de repente, los juristas? ¿Es que una disposición jurídica no es un enunciado jurídico, sino es formulada verbalmente por un jurista? ¿Puede haber un derecho del que nadie sea consciente, que no sea formulado verbalmente por alguien, mejor dicho, que no sea formulable verbalmente? ¿Qué se debe pensar, sin embargo, de la distinción completa y fundamental en la obra ehrlichiana entre enunciado jurídico y norma jurídica cuando Ehrlich, tras haber declarado en las páginas 22 y 29 que el enunciado jurídico -a diferencia de la norma jurídica- es formulado verbalmente, afirma en la página 135 refiriéndose a la diferencia entre las *normas jurídicas* y las otras *normas:* «Por otra parte, la *norma* jurídica, a diferencia de las otras normas, *es siempre expresable con palabras claras y determinadas.* Dicha norma jurídica da estabilidad a las colectividades que reposan sobre la norma jurídica... las normas de la moral y de las buenas maneras también se convierten en normas jurídicas tan pronto como emergen de su generalidad y son *formuladas con palabras claras»?* ¿Y qué se debe entender bajo el término ehrlichiano «enunciado jurídico» cuando afirma en la página 39 que éste es una *«disposición jurídica»* cualificada y en otra parte que el ordenamiento jurídico vinculante se compone, al menos en

parte, de tales «enunciados jurídicos», mientras que en la página 138 identifica el concepto de enunciado jurídico con el de *ley formal,* desdiciéndose, por tanto, y dándole la vuelta completamente a la terminología: «En la forma del enunciado jurídico, especialmente en la forma de la ley, pueden incorporarse los contenidos más diversos. Existen, por tanto, enunciados jurídicos sin contenido normativo, sin contenido legal vinculante, leyes en el sentido formal». ¡Aquí toda crítica se ha hecho imposible! La manera en que Ehrlich va dando saltos de un lado para otro con estos conceptos fundamentales para su sistema no tiene precedente. Por un lado afirma en la página 30 que la *norma* jurídica es el derecho para una relación individual (por oposición al *enunciado* jurídico que está vigente con carácter «general» o para «relaciones similares»); por otro lado define las «normas» en la página siguiente como «mandatos y prohibiciones abstractos» y mantiene -lo que es ya francamente inconcebible- que forma parte de la esencia de la *norma* el que ésta se refiera a la convivencia humana: ¡de manera que las *reglas* lingüísticas, las reglas del gusto o de la higiene no son normas[5]!

[5] Junto a los conceptos de *«norma* jurídica» y «*enunciado* jurídico», señala Ehrlich las «normas de decisión» y caracteriza como la primera y más importante tarea de la ciencia del derecho sociológica (p. 33) «el distinguir de las simples normas de decisión las partes constitutivas del derecho que regulan, ordenan y determinan la sociedad». Desgraciadamente debo renunciar, dado el espacio del que dispongo, a un análisis extenso de aquella parte de la obra de Ehrlich que «aporta la solución a esta primera y más importante tarea de la ciencia sociológica del derecho». En medio de esta madeja de contradicciones, me limito a llamar la atención sobre la más grosera. La norma de decisión con arreglo a la cual debe decidirse un proceso que es entablado como consecuencia de una infracción, es completamente diferente de la *regla de derecho viva y efectiva en la sociedad* según la cual actúan efectivamente los hombres (p. 33). Sin embargo, la norma de decisión (p. 98) es una regla con arreglo a la cual no sólo deben actuar, sino que de hecho actúan regularmente los *tribunales,* que constituyen una parte, si bien especial para la sociología del derecho, no por ello menos significativa de la sociedad humana. ¡En Ehrlich, por tanto, la regularidad sociológicamente relevante se detiene de hecho ante los tribunales! ¡Las normas que los tribunales aplican a través del aparato coactivo no representan ninguna realidad *viviente*! Para ilustrar la oposición fundamental entre regla de derecho «viva» y «mera» norma de decisión se refiere Ehrlich al siguiente ejemplo: «si en una región constituye una regla el que el hombre disponga ilimitadamente del patrimonio de la mujer, entonces, la disposición por parte del hombre del patrimonio de la mujer será considerada como vinculante para aquélla (esta es la norma de decisión) con independencia de que en una *determinada* familia se haya actuado así» (¡la regla *de derecho* viva!) (p. 300). Se puede cuestionar cómo el derecho de una familia concreta puede estar en contradicción con el derecho habitual de una región, pero lo que desde luego es inconcebible es cómo la norma de decisión, esto es, según la suposición de Ehrlich, una *regla* efectiva en un círculo

Si aceptamos la determinación conceptual del derecho que hace Ehrlich (que el propio Ehrlich califica como única «científica») como «regla de la acción humana» y como «orden», entonces todo orden jurídico debe ser un conjunto de reglas. En la página 68, sin embargo, nos encontramos con la siguiente afirmación: «El derecho no se compone de enunciados jurídicos sino de *instituciones jurídicas»* (Rechtseinrichtungen). Entonces el derecho podría estar formado, desde un cierto punto de vista, *por* enunciados jurídicos, es decir por reglas jurídicas (en el sentido de reglas-de-ser o de deber-ser) y al mismo tiempo consistir en una serie de instituciones jurídicas (en la medida en que bajo la expresión

---

importante (o, tomando otro ejemplo, *«lo que en general es habitual en un país»,* esto es, de ninguna forma las «nuevas» reglas de los tribunales) se debe oponer a las reglas vivas que ordenan fácticamente la *sociedad.* Del mismo modo es incomprensible que Ehrlich mantenga que la «nueva» norma de decisión, que es caracterizada en oposición a la regla viva de derecho, «es extraída del orden interno de la colectividad por el juez en cada proceso», «del hecho del derecho», es decir, del ordenamiento jurídico en el sentido de regla viva de la acción sobre la que «se basa en un primer análisis» (p. 98) la norma de decisión. Constituye una contradicción evidente a lo que se acaba de decir, el que Ehrlich afirme que la norma de decisión es «siempre algo diferente del orden interno» (p. 99); asimismo supone una inversión completa de la oposición que se contempla (norma de decisión / regla de la acción) el hecho de que Ehrlich mantenga (p. 102) que en las normas de decisión «no se presupone un orden *vivo*, sino una lucha por *uno muerto:* en efecto, mientras que ahora caracteriza la regla de la acción (Regel des Handels) que se ha infringido (a causa de la única violación que el propio Ehrlich quiere tratar en otro momento como excepción sin importancia) como orden *muerto,* Ehrlich había contrapuesto en un principio este orden, en tanto que regla viviente, a la norma de decisión. Aunque frente a la regla de derecho propiamente dicha Ehrlich caracteriza la norma de decisión -de forma completamente infundada por otra parte- como una regla que aparece «creativamente», es decir, a través de la invención libre del individuo -en último término, toda norma jurídica se origina de esta forma-, vuelve a afirmar en otra parte que tal norma hay que «extraerla a partir de un principio general, no de lo arbitrario» (p. 98). Ehrlich tan pronto afirma que la norma de decisión es la norma a través de la cual se determina la consecuencia de la infracción o la obligación de reparar el daño, como mantiene que la *decisión* según la cual un concreto supuesto de hecho queda comprendido dentro de un concepto contenido en un enunciado jurídico (por ejemplo que un objeto dado constituye una "accesión"), tiene como base una norma de decisión. Aquí habla Ehrlich de normas de decisión «concretas» en oposición a las «abstractas». A continuación presenta Ehrlich como importante conocimiento sociológico la opinión que mantiene que la mayoría de los «enunciados jurídicos» proceden de «normas de decisión», siendo aquí las normas de decisión lo «concreto» que precede a lo «abstracto» del enunciado jurídico. Lo hasta ahora expuesto basta para justificar la impresión de que es prácticamente imposible hacerse una idea aproximada de lo que Ehrlich entiende por "normas de decisión", y ello teniendo en cuenta el importante papel que éstas juegan en la «Fundamentación».

«institución jurídica» o instituto jurídico no se entienda -según la terminología

dominante- otra cosa que una suma de enunciados jurídicos correspondientes a uno y el mismo fin). Como ejemplo de «instituciones jurídicas», se refiere Ehrlich a las siguientes: estado, iglesia, municipio, familia, propiedad, herencia. No se toma en consideración la cuestión de saber si todos estos conceptos deben ser efectivamente subsumidos asimismo bajo la categoría «instituto jurídico». Propiedad, familia, contrato, herencia son indudablemente instituciones jurídicas. ¿Pero qué imagina Ehrlich bajo estas «instituciones jurídicas»? O bien son hechos físicos o psíquicos o acaecimientos del mundo externo (desde el punto de vista del observador [Betrachter], o bien constituyen algún tipo de *significado* que viene adscrito a tales hechos o acaecimientos por el observador (Betrachter) sobre la base de ciertas normas que son presupuestas.

Ehrlich afirma correctamente (teniendo a la vista un concepto normativo de derecho) lo siguiente: «El derecho y las relaciones jurídicas son una cosa intelectual (gedankliches Ding) que vive en la cabeza del hombre y no en la realidad tangible, perceptible a través de los sentidos» (p. 68). Pero la realidad no sólo es perceptible a través de los sentidos corporales, es decir, exteriores, sino también a través de los sentidos interiores. El derecho y las relaciones jurídicas no son, evidentemente, una realidad psíquica del mundo exterior (desde el punto de vista del observador [Betrachter]. Si no fuera así, la jurisprudencia constituiría una rama especial de la psicología. La afirmación de que un hecho es ilícito o de que alguien está obligado a algo no expresa ni un hecho corporal ni un hecho mental del mundo exterior (del que realiza la afirmación). Tampoco expresa que un determinado acto mental tiene lugar en el mundo exterior. ¡Alguien está obligado a algo aunque no piense en ello ni lo sienta o lo desee! No se expresa con esto en modo alguno un *ser* -ni corporal ni mental (el mundo exterior)- sino un *deber-ser,* es decir, se afirma cualquier hecho corporal o mental como contenido de un deber-ser, como contenido de una norma *presupuesta* como válida por el que la declara. Esto y no otra cosa significa la frase de que el derecho no es perceptible por los sentidos, sino que es un *objeto intelectual.* Ehrlich prosigue diciendo: «el derecho no existiría si no existieran hombres que tuvieran representaciones intelectuales del derecho». Esta afirmación es correcta en el sentido de que no habría pensamiento si no hubiera hombres pensantes: un hecho psicológico que, ciertamente, no es relevante para el conocimiento de la esencia del derecho. Se tiene la impresión de estar ante un enigma cuando Ehrlich afirma en la frase siguiente algo completamente opuesto a lo que acababa de decir. Ehrlich acababa de decir que el derecho es una represen-

tación que no tiene como contenido algo que sea perceptible por los sentidos. A continuación, afirma: «También aquí nuestras representaciones están hechas de un material que obtenemos de la realidad tangible, perceptible por los sentidos». ¿Qué podríamos añadir a esto? Más adelante afirma: «Siempre subyacen a nuestras representaciones *hechos* que hemos *observado*. Tales hechos deben haber estado presentes antes de que haya surgido en el cerebro humano el pensamiento sobre el derecho y sobre las relaciones jurídicas». ¿Qué quiere decir que hay hechos que *subyacen* a nuestras representaciones? Hay representaciones de hechos y hay representaciones que no tienen a los hechos *como contenido*. Las representaciones del bien y del mal no son un hecho; la acción es un hecho que está unida a la representación de lo bueno o de lo malo. Si el derecho fuera un hecho o el concepto de derecho una *abstracción* a partir de hechos, entonces el derecho no sería un simple «objeto intelectual». ¡El derecho sería entonces perceptible por los sentidos, *observable!* «Y también en el presente deben existir ciertos hechos antes de que podamos hablar de derecho o de relaciones jurídicas». Esto podría ser correcto en la medida en que el derecho y las relaciones jurídicas vinieran expresados por un hecho, es decir en la medida en que se expresara una relación entre un hecho y una norma jurídica. Sin embargo, la norma jurídica es derecho sin necesidad de tener que referirla a un hecho concreto. Un *hecho* nunca es derecho o relación jurídica precisamente porque, en tanto que *ser,* es un hecho dado, valorativamente indiferente en sí, *carente de significado* en la medida en que no es puesto en relación con una norma, es decir, con un valor objetivo, en otras palabras, en la medida en que un estado de cosas no es pensado bajo la forma del ser sino bajo la del deber-ser. Por ello no es sólo incorrecto, sino contradictorio respecto a la concepción (errónea) expresada líneas arriba por Ehrlich, el hecho de que éste afirme: «aquí (es decir, en los hechos) también hay que buscar el lugar donde se fragua el derecho». Y «la primera cuestión de la ciencia del derecho es», tal y como Ehrlich la formula como resultado de esta argumentación completamente confusa: «¿Qué instituciones efectivas se convierten en relaciones jurídicas con el paso del tiempo y a través de qué procesos sociales sucede esto?» Esta pregunta, tal y como está formulada, no tiene respuesta dado que carece de sentido. Para un modo de consideración (Betrachtung) centrado en la *efectividad* (Tatsächlichkeit) sólo hay hechos, realidades (Wirklichkeiten), y no valores. Para el conocimiento, un valor no puede ser el resultado, a través de una evolución, de una realidad, precisamente porque el valor está dado a una dirección de conocimiento diferente de la que se ocupa de la realidad

(Wirklichkeit). No una ciencia del derecho que se ocupa de lo lícito y de lo ilícito, del deber y de la pretensión, esto es, de conocimientos *valorativos,* sino una psicología social explicativa que se ocupa exclusivamente de datos de la realidad perceptibles, puede plantear el problema de saber de qué forma surgen ciertas representaciones de deber-ser (Sollvorstellungen), ciertas normas como hechos psíquicos reales; sólo esta ciencia puede quizá plantear la cuestión de saber - y éste sería su objeto por excelencia- qué causas originan el que hombres pertenecientes a un determinado grupo y época procedan efectivamente a *hacer valoraciones,* y en concreto, procedan a hacer valoraciones *jurídicas.* Dicha sociología no tiene nada que ver con el valor sino con las *valoraciones;* no es una ciencia valorativa sino *valuo-explicativa* (werterklärende). Para dicha ciencia el derecho no es una norma que se presupone como válida, no es un valor objetivo, sino un proceso natural e indiferente desde un punto de vista valorativo, un determinado comportamiento intelectual y corporal del hombre cuya regularidad debe ser aprehendida. Su objeto es, estrictamente hablando, no el derecho sino el pensar, el sentir o el querer del derecho, lo que los hombres opinan del derecho y lo que, con arreglo a esa opinión, hacen o dejan de hacer. Tal modo de consideración (Betrachtungsweise) no conduce jamás al enunciado «esto es lícito o ilícito», es decir, «esto debe o no debe ser», sino a los enunciados: «se piensa o se hace esto», es decir, «esto *es* o *fue*». Los conocimientos a los que llega este modo de consideración (Betrachtungsweise) sociológico son por ello no-valorativos (wertfrei), como los de la biología. La diferencia entre dicha sociología y la ciencia del derecho (en sentido normativo) es la misma que existe entre una historia natural de las representaciones morales del hombre y una ética dogmática, o la que existe entre una historia de la religión y una teología. La funesta confusión de Ehrlich radica en que no sabe distinguir los dos modos de consideración (Betrachtungsweise), es decir que apunta hacia un modo de consideración explicativo (una explicación-de-ser sociológica), mientras que al mismo tiempo siempre regresa a un concepto normativo de derecho, al punto de vista de la valoración científica.

III

Ehrlich considera como un resultado importante de su investigación sociológico-jurídica el conocimiento de lo que él llama «el hecho del derecho». ¿Qué es lo que entiende como tal? Aquellos hechos «a los cuales el intelecto humano refiere (anknüpft) las

reglas», reglas según las cuales viene representada la organización de los grupos humanos en colectividades, reglas «que atribuyen a cada individuo su puesto en la colectividad» (pp. 68-69). No se entiende lo que quiere decir que una regla «esté referida a un hecho». Parece que no hay que entender otra cosa que una regla que se refiere a un hecho como *objeto de la regulación*. Por tanto, los hechos del derecho parecen constituir los objetos de las regulaciones jurídicas. Como ejemplo de tales hechos menciona Ehrlich: «el ejercicio, el dominio, la posesión, la declaración de voluntad» (p. 69).

El «ejercicio» debe ser algo diferente, según Ehrlich, del derecho consuetudinario; ejercicio quiere decir aquí: «lo que hasta ahora se ha hecho, ha de ser la norma para el futuro». Sin embargo, el derecho consuetudinario constituye indudablemente tal «ejercicio». «A través del ejercicio son determinadas la posición del jefe, de los órganos, así como de los súbditos de la colectividad (las posiciones de dominación y de subordinación), y las tareas del individuo». Es por ello que el «ejercicio» debería ser el único hecho del derecho propiamente dicho, puesto que unas líneas más arriba Ehrlich ha señalado como hecho del derecho todo hecho al que vienen referidas las reglas «que asignan a cada individuo su puesto y tarea en la colectividad» (p. 68). El «ejercicio», a diferencia de la posesión, el contrato o las relaciones de dominio, podría no entenderse como «un hecho del derecho» en el sentido de un objeto de la regulación, dado que el «ejercicio» es la *regla* misma, es decir que se trata de otra forma de indicar que un hecho se repite *regularmente*. La posesión, los contratos y las relaciones de dominio, son «ejercitados», es decir se repiten regularmente, son el contenido de una regla pero no el ejercicio mismo. Cuando cualquier relación de dominio o de posesión, cuando cualquier declaración de voluntad se convierte en un hecho jurídico a partir de elementos puramente fácticos, esto sólo sucede evidentemente a través del *ejercicio*. En palabras de Ehrlich: «lo que hasta ahora se ha hecho, ha de ser la norma para el futuro». Mejor dicho: lo que se ha ejercido regularmente se convierte en el contenido de una representación de deber-ser (Sollvorstellung), de una norma que exige que aquello *debe ser. Y bajo la presuposición* de tal norma, los hechos tipificados por ella pasan a ser jurídicamente relevantes. En este sentido, el ejercicio es el camino a través del cual los hechos se convierten en hechos del derecho. ¡Pero el ejercicio en sí no es un hecho del derecho!

Parece que Ehrlich entiende por «ejercicio» el mantenimiento de un tipo de relación de dominio completamente determinado, a saber las relaciones de dominación y de subordinación, el posicio-

namiento de los órganos de la colectividad. Pero en realidad se trata más bien de relaciones de *dominio* y de declaraciones de *voluntad* -es decir, según Ehrlich, *otros* dos hechos del derecho que, a través del ejercicio, han pasado al contenido de las normas. En vano intentamos alejarnos de esta confusión conceptual cuando Ehrlich afirma que «las relaciones de dominio y de sometimiento (Herrschafts- und Unterwerfungsverhältnisse) deben diferenciarse de las relaciones de superioridad y de subordinación (Über- und Unterordnung) presentes en toda colectividad organizada y en las que se expresa el orden interno de la misma». ¡Ehrlich es más estricto que sus más severos críticos a la hora de crear conceptos y distinciones! Una colectividad organizada en relaciones de superioridad y de subordinación ¿no es una organización *«de dominación»?* «El mandato que tiene su origen en la subordinación organizativa es diferente del mandato dado en virtud del dominio (der Befehl infolge organisatorischer uberordriung is etwas anderes ais der Befehl Kraft Herrschaft). El primero es impuesto por el que manda a la colectividad, el segundo se lo impone aquél a sí mismo» (p. 71). Pero ambos mandatos, en la medida en que son obedecidos, ¿constituyen todavía relaciones de dominio para un modo de consideración *sociológico?*

Ehrlich distingue dos tipos de relaciones de dominio: las que resultan del grupo familiar -el sometimiento de los hijos al poder paterno, materno o parental- y las relaciones de subordinación de origen puramente social, como, por ejemplo, la esclavitud o las de servidumbre» (p. 7l). Pero la familia, ¿no tiene carácter *social?* Las relaciones de dominio que resultan de la misma, ¿no tienen también un origen *«puramente social»?* La diferencia radica en el hecho de que ciertas relaciones de dominio y de explotación se atenúan a través de relaciones de naturaleza sexual. La oposición entre las tendencias económicas y las tendencias sociológicas debería ser el objeto de una investigación sociológica y no *jurídico*-sociológica. Es evidente que, a través de su ejercicio, determinadas relaciones de dominación aparecen en la conciencia del hombre como debidas, es decir que se convierten en el contenido de normas. Sin embargo, es incorrecto atribuir a la concepción dominante, como hace Ehrlich, la idea inconcebible de que en un principio sólo habría habido enunciados jurídicos que habrían ordenado ciertas relaciones de dominación, las cuales sólo habrían aparecido precisamente como consecuencia de los enunciados jurídicos: «De hecho siempre se ha supuesto que es el enunciado jurídico el que somete a la mujer al hombre, los hijos a la autoridad parental, el pupilo al tutor y los sirvientes a su señor, pero el hecho de la dominación y del sometimiento siempre fue anterior

al enunciado jurídico que lo regulaba como una parte constitutiva del ordenamiento jurídico» (p. 71). ¡De nuevo tiene lugar la confusión entre presuposición *lógica* de la norma jurídica y precedencia *temporal* de un hecho! Para comprender la relación entre padre e hijo, señor y esclavo, como una relación de dominación, se debe presuponer una norma -emanada de cualquier forma por parte del que enuncia ese juicio de valor de carácter jurídico. Eso y no otra cosa significa: *«referir* (zurückführen) las relaciones de dominación y de sometimiento a las disposiciones jurídicas». La concepción de la «doctrina dominante» es absolutamente compatible con el hecho evidente que hasta ahora no ha sido negado por nadie, a saber, que las relaciones de dominación han existido antes de que se formaran las normas sobre dichas relaciones de dominación en la conciencia de los hombres.

También los conocimientos sociológicos que Ehrlich obtiene a partir de la *posesión* como hecho del derecho son obviedades que nadie pone en duda. Ningún teórico del derecho o historiador ha cuestionado que la propiedad, como instituto jurídico, es decir, lo que las normas jurídicas caracterizan como tal, surgió en la conciencia de los hombres con posterioridad al hecho del dominio sobre una cosa; en otras palabras, *que la posesión y no la propiedad es lo originario* (p. 76). Tampoco se ha cuestionado que las normas jurídicas de las que puede abstraerse el concepto romano de propiedad no surgieron de la nada en el comienzo del desarrollo jurídico. Tampoco es cierto que «la doctrina del dominio absoluto sobre la cosa es presentada de forma tal como si agotara todo el contenido de la propiedad, como si no existieran el derecho forestal, el derecho de las aguas, el derecho agrario, el ordenamiento urbanístico o el comercial» (p. 81). Preguntarse si el concepto romano de propiedad tiene todavía algún sentido con respecto a las disposiciones actuales del derecho administrativo, es una cuestión justificada, pero no es relevante para la sociología, para la conceptualización normativa. También carece de fundamento afirmar lo siguiente: «la *posesión* se convierte en *relación jurídica* a través de su *incorporación en el orden económico»*. Esto significa que el orden económico se considera al mismo tiempo un orden jurídico. Que determinados hechos económicos contribuyen a la aparición de normas jurídicas sobre la propiedad, no debería ser un secreto para nadie. No obstante, sólo si se presuponen tales normas jurídicas, la posesión es una relación jurídica. Sería desde luego un problema interesante mostrar a través del material histórico, y para una sociedad concreta, cómo aparecen tales normas jurídicas. A este respecto no hay huella alguna en la obra de Ehrlich.

Ehrlich ofrece un esquema de desarrollo de la declaración de voluntad, y especialmente del *contrato,* que debe calificarse completamente como construcción y que no se basa en un material inductivo. En todas las zonas del planeta en las que el ordenamiento jurídico contiene normas sobre el contrato, el desarrollo debe haberse producido de la siguiente forma: «Se deben distinguir los siguientes grados en la evolución del acuerdo como hecho del derecho: contrato de efectivo (Barvertrag), contrato de deuda (Schuldvertrag), contrato de fianza (Haltungsvertrag) y contrato de crédito (Kreditvertrag)» (p. 87). Dicha evolución es plausible, pero Ehrlich no ofrece ningún dato que permita afirmar que esto siempre ha ocurrido así, sino que apela a los «resultados de la ciencia y de la historia del derecho comparadas» (p. 89). Acerca de la relación entre, de una parte, la obligación (Schuld) y la responsabilidad, y de otra, el contrato -no es éste el lugar para desarrollar una crítica de esta no muy afortunada conceptualización del derecho alemán- Ehrlich afirma lo siguiente: «la obligación es el *deber-ser* del obligado, es lo que constituye, *según la regla de la vida* (Regel des Lebens) el contenido de un compromiso. La responsabilidad es el derecho de sujeción que tiene el acreedor, que queda satisfecho incluso contra la voluntad del deudor; el acuerdo deja de ser mero hecho para pasar a ser un hecho del derecho, esto es, un *contrato,* aun cuando de dicho acuerdo sólo resulta una obligación y no una responsabilidad» (p. 84). Ehrlich insiste en que «para la vida económica lo importante es la obligación, y no la *responsabilidad,* y que en la mayoría de los casos es casi indiferente el hecho de que un contrato sea *ejecutable* cuando lo que importa con respecto a su cumplimiento es la regla de la acción que domina la vida (die Regel des Handelns, die das leben beherrscht)» (p. 88). Finalmente constata que «es, por ello, necesario establecer no sólo en la historia, sino también en el derecho vigente, el hecho de que junto a las *convenciones que existen completamente fuera del derecho,* existen contratos que indican una obligación pero no una responsabilidad, sólo una regla según la cual los hombres se orientan en la vida y no una regla según la cual proceden las autoridades, y que dichos contratos son tan importantes para *la vida económica* como los contratos ejecutables»[6] (p.

[6] La posición doctrinal -representada aquí por Ehrlich- que pretende que en el desarrollo del derecho alemán los contratos habrían fundamentado una obligación y no una responsabilidad, es completamente *ambigua.* Amira ha subrayado con énfasis (vid. su recensión de la obra de Gierke sobre «Obligación y Responsabilidad», en Zeitschrift für Rechtsgeschichte, vol. XXXI, p. 486) que la distinción entre culpa y responsabilidad es una simple «diferencia lógica», así

80).

como que es un error mantener que la obligación y la responsabilidad sólo «se han desarrollado conjuntamente» en el curso de la evolución histórica. Asimismo *Schwerin* afirma lo siguiente (Deutsche Rechtsgeschichte, p. 57, nota 6): «es inimaginable que en algún momento el deudor haya podido -por regla general- no ser responsable».

Si «obligación» quiere decir «deber-ser *jurídico»,* sólo se puede hablar de aquélla si la comunidad jurídica dispone de una posibilidad de reacción contra la violación de la misma, esto es que la comunidad jurídica dispone de la posibilidad de ejecutar incluso contra la voluntad del deudor. Es completamente erróneo el que Ehrlich identifique las obligaciones que sirven de base a la responsabilidad con las obligaciones ejecutables, esto es, cuyo cumplimiento puede ser exigido ante los tribunales. Todo *vínculo* jurídico ha sido y es, en el derecho alemán, *ejecutable,* y traía como última consecuencia la privación de libertad y la confiscación de bienes; en otras palabras, en aquellos casos en los que no existía un objeto especial de ejecución (una garantía, por ejemplo), el deudor respondía con su persona y con su patrimonio.

En contra de esto debería plantearse la cuestión de saber cómo aquellos contratos «que existen completamente fuera del derecho» pueden distinguirse de aquellos que indican una obligación pero no una responsabilidad, en el sentido de que contra su violación no existe una reacción específica de la comunidad jurídica (o una reacción de aquella comunidad específica). Toda convención -incluso la no-jurídica- en la medida en que se presupone su carácter vinculante, indica una obligación en el sentido de que las partes en dicha convención deben comportarse con arreglo a la misma. Este deber-ser puede ser un deber-ser moral o un deber-ser de las costumbres, según se presuponga una norma de la moral o de los buenos modales. Pero ¿cuándo un contrato es jurídico, un deber-ser jurídico y la obligación jurídica? ¿Cuál es el criterio para ello sino la posibilidad de una reacción específica de la comunidad jurídica organizada, esto es, la «responsabilidad» en el sentido ehrlichiano que identifica responsabilidad con la posibilidad de ejecutar (ante los tribunales)? ¿Quién ha puesto en duda que los contratos no ejecutables y que no dan lugar a una responsabilidad puedan tener una gran importancia para la economía? ¿Pero son el derecho y la economía la misma cosa? Ciertos deberes morales ¿no tienen una gran significación para la sociedad y para el individuo? ¿Quiere decir esto que dichos deberes deben ser, por tanto, deberes *jurídicos?* Ehrlich no deja sin respuesta la pregunta que interroga por la esencia de las normas o de las reglas y cuya explicación constituye el objeto específico de su sociología *del derecho* que se distingue como disciplina *especial* de la teoría general de la sociedad. Ehrlich reconoce la necesidad de delimitar el objeto de su nueva ciencia frente al de una sociología de la moral, de las costumbres, del arte o de la religión. Pero

¿cómo traza los límites? La importancia de la pregunta y la singularidad de la respuesta que ofrece la respuesta que ofrece Ehrlich justifican una cita más extensa:

> «Mientras que también es difícil trazar científicamente los límites entre las normas jurídicas y otros tipos de normas, en la práctica esta dificultad se presenta raramente... la cuestión de la oposición entre normas jurídicas y normas extrajurídicas no es una cuestión propia de la ciencia social, sino de la psicología social.»

¿Quiere esto decir que la «psicología social» no es una ciencia social y que la cuestión que tiene como finalidad nada menos que delimitar el objeto de conocimiento de la sociología *del derecho* en realidad no puede ser una cuestión de la ciencia social? La posible objeción que podría formularse a esta posición la desvanece Ehrlich a través de la siguiente solución al problema:

> *«los diferentes tipos de normas producen diferentes reacciones* (Gefühlstöne); a la transgresión de las diferentes normas se responde con diferentes sensaciones. Así, se puede comparar el sentimiento de *sublevación* que produce la violación del *derecho* con la *indignación* que produce la violación de un precepto *moral,* con el *rechazo* a causa de una *indecencia,* con el *enfado* que produce una falta de tacto, con el *ridículo* que produce la ausencia del *buen tono* y, finalmente, con el *desprecio* que experimentan los caballeros (Modehelden) frente a aquellos que no están a su altura» (p. 132).

¡Entre los no pocos intentos de determinar la esencia del derecho éste constituye seguramente la cima de la curiosidad! Y hay que lamentar ciertamente que la «doctrina dominante» no se haya apropiado todavía de esta teoría, porque en ese caso sería un placer poder admirar la ironía de la crítica ehrlichiana. Pero está reservado a Ehrlich el poder distinguir entre el sentimiento de «sublevación» y el de «indignación», entre la «reacción» (Gefühlston) de «rechazo» y la de «desprecio», entre la de «enfado» y la de «ridículo». Esta psicología de un sociólogo observador de la realidad se aproxima ciertamente a las orgías de la jurisprudencia psicológica que se ocupa de «abstracciones vacías». Para poder medir la utilidad de los criterios ehrlichianos basta con imaginar, de una parte, la norma jurídica que dispone que hay que pagar por anticipado el precio del alquiler o la que dispone que hay que pagar el 6 por 100 de intereses en las transacciones comerciales -ambas *reglas de la vida* (Regeln des Lebens) y no meras normas de decisión (que desde luego también son

normas)- y de otra

parte, la norma moral de la caridad o la de la sinceridad. ¡Qué similares son el sentimiento de «sublevación» ante la violación de las primeras y el sentimiento de «indignación» ante la violación de las segundas! ¿O quizá es la «indignación» la que acompaña a la violación de una norma jurídica y la «sublevación» la que resulta de una inmoralidad? Pero quizá son muchos los que se «sublevan» ante una falta de tacto y al mismo tiempo dicen que están indignados y otros muchos que sólo «se enfadan» ante una violación del derecho. En vuestras reacciones debéis reconocer las normas, se dice, pero hay muchos que se han puesto en «ridículo» y con ello han infringido normas distintas de las del buen gusto. Es una diversión demasiado fácil intentar examinar los criterios ehrlichianos sobre las categorías de normas, sobre todo cuando aquellos parecen no satisfacer ni al mismo Ehrlich. Así, nuestro autor tiene la necesidad de caracterizar las normas jurídicas a través de una forma diferente a la del sentimiento de sublevación que produce su violación. Ehrlich dice -aparentemente explicando su teoría, pero en realidad aludiendo a un criterio completamente diferente- que

> «la norma jurídica es propiamente el sentimiento que los juristas de derecho común han denominado opinio necessitatis. Con arreglo a ésta se debe reconocer la norma jurídica» (p. 132).

La opinio necessitatis en el ejercicio es algo distinto del sentimiento de sublevación ante la violación de una norma. Pero con independencia de esto ¿cuál debe ser la diferencia entre derecho y moral? ¿No comporta también la ley moral el carácter de la necesidad? ¿No es la necesidad moral al menos necesidad, como la jurídica?

No se puede tomar en serio a Ehrlich cuando afirma:

> «La norma jurídica regula, al menos según el parecer del grupo del que emana, una cosa de gran importancia, de significado fundamental... Sólo los objetos de menor importancia son dejados al resto de las normas sociales» (p. 134).

¿Tiene realmente menor importancia los objetos de las normas *morales* y *religiosas* que los de las normas sobre el préstamo o sobre el arrendamiento? Otro intento vacilante de ofrecer un criterio de distinción es aquel -ya examinado- que pretende diferenciar las normas jurídicas de las otras normas basándose en que las primeras vienen caracterizadas por el hecho de «que siempre pueden ser expresadas y vienen formuladas en palabras

claras y determinadas» (p. 135). Ehrlich olvida que unos capítulos atrás había caracterizado la norma jurídica precisamente a través del hecho de no estar formulada en palabras claras, a diferencia de los «enunciados jurídicos», los cuales tienen, en opinión de Ehrlich, una importancia secundaría para la sociología del derecho. Cuando Ehrlich afirma: «Las normas jurídicas son normas que emanan de los hechos del derecho» (p. 136), está aceptando un criterio completamente nuevo. ¿Qué significa esta nueva determinación? ¿No son los «hechos del derecho» -relaciones de dominación, posesión, declaración de voluntad- los objetos susceptibles de regulación jurídica, y no sólo de ésta sino también de toda regulación social. Pero incluso esta significación, ¿no viene relativizada por el hecho de que Ehrlich continúa diciendo que las normas jurídicas también «pueden resultar de los enunciados jurídicos del derecho estatal y de la doctrina?» Es inaceptable la posición de Ehrlich cuando mantiene que sólo con respecto a estas normas existe la opinio necessitatis. Y ello debido a que Ehrlich asegura que no todas las normas que surgen a partir de los hechos del derecho o de los enunciados jurídicos son normas jurídicas. Sin embargo, sólo con respecto a estas últimas existe la opinio necessitatis. ¿Con respecto a todas o sólo con respecto a algunas de ellas? Es difícil comprender por qué los hechos a partir de los cuales «emanan» no sólo normas jurídicas sino también «normas que no pertenecen al derecho», a saber normas morales, religiosas, etc., se denominan precisamente hechos «del *derecho»*. Finalmente concluye Ehrlich con una confesión ingenua: «A través de esta caracterización no se ha ofrecido una delimitación positiva de las normas jurídicas frente al resto de las normas. Esto *presupondría sobre todo* una investigación detallada acerca de la naturaleza de las normas de carácter no jurídico» (p. 136). Pero una sociología del derecho, una fundamentación de esta sociología del derecho, ¿sería posible sin dicho presupuesto? A la luz de lo expuesto, ¿debemos seguir cuestionando si los enunciados generales que son el resultado de la investigación de Ehrlich se refieren realmente al *derecho* como a un objeto delimitado de alguna forma o si no se refieren en general a las reglas del comportamiento social, no siendo en su generalidad más que construcciones vacías y superficiales?

IV

Un rasgo característico de la sociología del derecho de Ehrlich es la rigurosa separación entre derecho y estado. Ehrlich destaca enfáticamente como uno de los más graves errores de la jurisprudencia actual, el que ésta reconduzca el derecho al estado, «el que ésta sólo reconozca como derecho el derecho *estatal,* cuando en realidad es el derecho extraestatal o social el que constituye con mucho la parte más importante del ordenamiento jurídico» (pp. 9 y ss., 49 y ss., 110 y ss. y 295 y ss.). No es fácil determinar lo que Ehrlich entiende por derecho «estatal». Tan pronto es caracterizado como el derecho «creado por el estado» (p. 8), como es a continuación identificado con la «ley» o con «el derecho promulgado como ley por el estado» (p. 11), o más tarde es entendido como las reglas que rigen el comportamiento de los tribunales y otras autoridades estatales (por oposición a las reglas de la acción humana general) (p. 15). Posteriormente parece de nuevo como si el derecho estatal fuera la esencia de las normas coactivas estatales (p. 57). Ciertamente derecho estatal y ley son identificados en las páginas 9 y ss., cuando Ehrlich expresa el reproche de que *«La jurisprudencia actual sólo estudia el derecho estatal»,* o en otras palabras:

> «¿Dónde se investiga este derecho extraestatal? No es arriesgado afirmar que la investigación, la doctrina y la enseñanza actuales en el continente europeo *no se ocupan de otro derecho que la ley»* (p. 9).

Sin embargo, en la página 110 se afirma que:

> «el derecho estatal debe ser distinguido cuidadosamente de la ley. El derecho estatal no emana del estado según la forma, sino según el contenido. Es un derecho que sólo puede surgir a través del estado y que no puede existir sin el estado.»

En la página 115 se caracteriza la esencia del derecho estatal como el mandato estatal que indica «a los tribunales y a las demás autoridades cómo deben proceder»-. En la página 296 se establece una diferenciación en la esencia del derecho, al distinguir dos tipos principales de derecho estatal.

> «El estado tiene dos formas de hacer efectivo el derecho. La primera son las normas *de decisión*. El estado prescribe a los tribunales y al resto de las autoridades cómo deben decidir los casos que les son sometidos por las partes. La mayoría de las

> normas de decisión son tomadas desde luego del derecho de los juristas: sólo *son derecho estatal* si han surgido *con independencia del derecho de los juristas* y si han sido adoptadas *para promover fines del estado*. La segunda forma son las *normas de intervención* (Eigriffsnormen). Éstas, ordenan a las autoridades que intervengan sin necesidad de que hayan sido llamadas a intervenir.»

No será fácil determinar qué derecho establecido en forma de ley es derecho social y cuál es *estatal,* cuál es enunciado jurídico del derecho de los juristas y cuál norma de decisión o, en su caso, norma jurídica en sentido propio, esto es, regla general de la acción. Todo esto, obviamente, entra dentro de la noción de derecho legal (derecho en forma de ley). De cualquier forma, este nuevo concepto de derecho estatal desarrollado por Ehrlich es completamente diferente y mucho más restringido que aquel contra el que nuestro autor dirige un reproche al principio de la obra, a saber, el «derecho estatal» como objeto exclusivo de la jurisprudencia actual que sólo se ocupa de las «leyes». Hay que dudar seriamente de la posibilidad de separar en el seno del derecho originado en la legislación un derecho estatal y un derecho no estatal. En la medida en que las explicaciones de Ehrlich tienen un sentido, el «derecho estatal» es sólo hasta cierto punto delimitable, en la medida en que entendemos como tal el «derecho del estado», es decir el derecho del estado y de la administración.

La aparición del derecho estatal (staatliches Recht) junto al, hasta ahora sólo social, es caracterizada por Ehrlich de la siguiente manera:

> «El *derecho estatal* aparece mucho más tarde que la administración estatal de justicia. El estado creó en un primer momento su propio ordenamiento, el *derecho del estado* (Staatrechts), y después, al crear las autoridades, le atribuyó sus competencias y prescribió su modo de funcionamiento e incluso el procedimiento.»

Es realmente enigmático imaginar cómo debe ser posible una administración de justicia estatal antes de que exista un ordenamiento estatal, pero este enigma no es nada en comparación con la misteriosa idea de un estado que crea su propio ordenamiento. Puesto que no podemos entender por «estado» otra cosa que un determinado ordenamiento, el problema que se plantea es muy simple: ¿cómo se crea a sí mismo un ordenamiento? Sea como fuera, de las declaraciones de Ehrlich parece desprenderse que el «derecho estatal» es sobre todo (al menos históricamente) derecho del estado, es decir, derecho que emana del

estado. Es una lástima

que esta formulación, expresada claramente en la página 115, venga contradicha por el mismo Ehrlich en la página 304:

> «Cuando el estado se prescribe a sí mismo o a sus autoridades su posición y sus tareas, no estamos desde luego ante el derecho estatal en sentido propio, sino ante el derecho del estado. Con ello, el estado se da a sí mismo y a sus autoridades el ordenamiento, como lo hacen también otras colectividades sociales.»

Lo que haya que entender por derecho estatal continúa siendo un misterio. En el mismo capítulo que se titula «El derecho estatal», Ehrlich investiga los efectos del derecho *estatal* y especialmente las «normas estatales de decisión», e identifica derecho *«legal»* con derecho del estado a pesar de que haya declarado unas líneas arriba (p. 296) que la mayor parte de las «normas de decisión» establecidas por los códigos constituyen derecho *de los juristas* y no derecho *estatal*. Ehrlich afirma entonces (p. 297) que

> «en general, se sobreestima el efecto de las normas estatales de decisión... Hace algunos años realicé un estudio que mostraba con qué intensidad se ha manifestado en la vida real el código civil austríaco vigente desde hace cien años.»

¿Es el código civil derecho estatal?

Sólo en la medida en que Ehrlich representa la independencia de derecho y estado frente a la concepción que mantiene que el estado produce el derecho, se puede estar de acuerdo con él, aunque esto sólo es posible partiendo de una posición de la que Ehrlich está ciertamente muy alejado, a saber, que el estado no es capaz *en modo alguno* de producir derecho, que la idea de un estado productor de derecho es inconcebible. No es éste el lugar adecuado para demostrar lo que acabo de decir. Basta insistir, contra Ehrlich, en que la *posibilidad* de cualquier forma de derecho *estatal* acarrea, desde un punto de vista jurídico-normativo, la consecuencia inevitable de un derecho estatal vigente como único -o al menos superior- ordenamiento.

Las unidades sociales que Ehrlich antepone al estado son la «tribu», el «clan», la «comunidad doméstica» (p. 111), la «familia», la «aldea». Ehrlich habla de «tribunales de la aldea», de «tribunales familiares» y no excluiría ciertamente la existencia de tribunales del clan o de la tribu. Presupone estas sociedades, por tanto, como sociedades *jurídicas* de las que emanan normas jurídicas. Representa ciertamente la opinión -apoyada en la autoridad

de Gierke- que mantiene que no sólo las normas aplicadas por la

comunidad jurídica, o por sus órganos, forman parte de las normas jurídicas vigentes; o que los deberes para cuya protección no está llamado a intervenir ningún «poder de la colectividad» también son deberes jurídicos (p. 128). Pero entonces ¿cómo se distinguen estos deberes de los deberes morales? si el derecho es *norma de la colectividad,* regla de organización, cómo se expresa en estas relaciones *la colectividad,* la unidad social superior, la organización? ¡En la moral y las costumbres la sociedad no existe como unidad supraindividual!

> «La idea de que lo que los señores tienen que conceder a los súbditos *es debido en sentido jurídico* es inmanente a todos los derechos germánicos *de la colectividad*. Los deberes exigibles sólo se desarrollan en la medida en que un poder de la colectividad es competente para intervenir y proteger los derechos de los miembros de la colectividad» (p. 128).

¿Pero cómo se puede hablar de un derecho de la colectividad cuando el derecho no tiene ninguna relación con la colectividad como tal? El *estado* no es otra cosa que la *comunidad jurídica* entendida en su esencia más profunda, la comunidad jurídica superior, la unidad social que es concebida como un ordenamiento jurídico, a saber, la organización jurídica. Se objetará que es imposible concebir la tribu o el clan como *estado,* cuando dichos grupos *forman parte* de unidades sociales superiores, quizá del estado. Supongamos que sea cierto que un clan organizado como sociedad jurídica o cualquier otra clase de grupos constituyan órdenes inferiores vinculados a otros superiores. ¿En qué consiste dicho vínculo? ¿De qué tipo es esta *organización* a través de la cual varios grupos inferiores están vinculados a una unidad superior? Este orden sólo puede ser precisamente un ordenamiento jurídico que establece los deberes de los individuos, un orden jurídico que es aplicado por determinados órganos -los órganos del grupo superior- y en el que deben insertarse de una forma *no contradictoria* los órdenes jurídicos de las colectividades inferiores. Si el grupo superior que comprende todas las colectividades inferiores debe constituir realmente una *unidad* social, es decir, debe ser concebido como una unidad, entonces, los órganos de las colectividades inferiores deben ser concebidos de alguna manera como estando subordinados a los de la colectividad superior, y los diferentes órdenes jurídicos de estas colectividades deben ser representados como válidos y diferenciables sólo dentro de los límites que vienen impuestos a través de la organización del grupo superior que los comprende a todos en una unidad. No es posible

una construcción de las unidades sociales que no sea *normativa*. De esta forma, en la construcción normativa -en la que viene dada sólo la unidad *ideal* de los grupos sociales- los grupos inferiores se convierten en órganos del grupo superior, mientras que los ordenamientos jurídicos de los grupos inferiores -los cuales, manteniéndose dentro de límites locales y objetivos, difieren mucho unos de otros- forman un único sistema de normas, un único ordenamiento jurídico con la organización del grupo superior.

Este último grupo que se edifica sobre los grupos individuales es, en tanto que comunidad jurídica, *el estado*. ¿Qué otra cosa podría ser el estado?

Ehrlich mantiene que el estado no es una comunidad jurídica:

> «Por su origen, el estado es una *colectividad militar* que sólo de forma indirecta está en relación con la vida jurídica; el estado ha continuado siendo hasta nuestros días y con arreglo a su esencia, una colectividad de carácter marcadamente militar, *con la excepción de algunas formaciones modernas de estados* en las colonias inglesas, antiguas y actuales, en Norteamérica y en otras partes del mundo» (p. 111).

Ya en estas palabras se aprecia claramente que cuando Ehrlich trata la cuestión de la esencia del estado no se interesa por ese *concepto* de estado cuya relación con el concepto de derecho se discute en el problema de la relación entre estado y derecho. Ehrlich afirma que el estado es una colectividad militar, para añadir a renglón seguido que sería posible la existencia de estados que no constituyeran tales colectividades. Con independencia de la excepción a la que alude Ehrlich, ¿no es un estado neutralizado -por ejemplo, aquel que en cumplimiento de tratados internacionales, carece de organización militar, de ejércitos, de cuarteles- un estado? ¿Dejarían de ser estados los actuales estados si triunfara el ideal de la paz? Los fines militares podrían caracterizar la mayoría de los estados históricamente conocidos pero no por ello debe determinarse el *concepto* de estado como una organización militar. De la misma manera, el *concepto* de estado no es determinado como «organización de explotación» aunque la mayor parte de los estados históricamente conocidos hayan sido organizaciones de explotación. En el *concepto* de estado deben tener cabida no sólo algunas, o la mayor parte, de las formas históricamente caracterizadas como «estado», sino todo estado posible e imaginable. Es un error querer determinar *materialmente* el estado -como pretenden Ehrlich y otros tantos- según su contenido,

según los fines que fueron perseguidos bajo la forma del estado. ¡Pues el estado es una *forma* de la unidad social, no un contenido! Ehrlich afirma que

> «la formación más antigua que históricamente tiene todavía alguna conexión con el actual estado, es la unión de la aristocracia guerrera procedente de varias tribus lingüísticamente próximas que, acompañadas del resto de los hombres libres, se dan un jefe para la guerra, no sólo provisionalmente, sino con vocación de permanencia» (p. 111).

No se entiende por qué, entonces, no la tribu *organizada* como comunidad jurídica, sino la «aristocracia unida» procedente de varias tribus, debe ser considerada como estado, toda vez que Ehrlich ha caracterizado dicho «estado» como una especie de banda de extorsionadores:

> *«el estado* debe sobre todo poner a disposición del rey, de los jefes de los ejércitos permanentes y de sus seguidores los medios materiales necesarios. Esto sucedía al principio a través de la exigencia de regalos, pasando más tarde a adoptar la forma, en Oriente, de una extorsión» (p. 111).

¿Debe, por tanto, un estado estar formado por varias tribus sólo en la medida que un «grupo de aristócratas» extorsiona al pueblo de dichas tribus? ¿Debe darse con ello la unidad social «estado»? Sólo se puede hablar de estado -siempre que por tal entendamos una unidad social- en el caso de una *organización*. Las contribuciones de guerra arbitrarias e irregulares de una banda de ladrones como las que representan las «extorsiones» de la «aristocracia guerrera de tribus próximas desde un punto de vista lingüístico», no constituyen todavía un orden estatal. Sí existe, en cambio, una *organización* militar, es decir, si se presupone la existencia de normas según las cuales se establecen las obligaciones de los individuos, entonces, existe un *estado,* no debido al *contenido* especial de estas normas sino porque existe un orden que, con arreglo a su naturaleza, debe ser un orden *jurídico*. Cuando Ehrlich insiste en que la historia del derecho nos enseña que la legislación no correspondía desde un principio al estado (p. 112), está en lo cierto. ¿Qué jurista medio no sabe que la producción jurídica ha tenido lugar a lo largo de mucho tiempo a través de la «costumbre»? Ehrlich trabaja con un concepto de estado completamente arbitrario cuando mantiene que la administración de justicia o la aplicación del derecho no estaban, originariamente,

conectadas con el estado. Esto es imposible si se entiende por

«estado» la comunidad jurídica superior, la organización jurídica. Desde este punto de vista es completamente arbitrario negar el carácter de estado a las comunidades jurídicas independientes más reducidas que se supone más originarias -de momento faltan pruebas históricas sobre la prehistoria del derecho y del estado- y sólo reconocerlo con respecto a colectividades que surgen de la unión de varios de aquellos grupos. Que en la organización *jurídica* de la gran comunidad los ordenamientos jurídicos de los grupos originariamente independientes sólo puedan mantener sus especialidades dentro de los límites de aquella, en otras palabras, que dichos ordenamientos jurídicos deben formar una unidad con la organización jurídica de la gran comunidad de forma que los órganos jurídicos de los grupos pueden ser concebidos como órganos de la totalidad, es sólo una consecuencia del hecho de que los grupos originariamente independientes se encuentran fusionados unos con otros en una unidad superior.

De nuevo un modo de consideración (Betrachtungsweise) completamente distinto del jurídico, así como un concepto de estado diferente del habitual entra en juego cuando Ehrlich señala que sólo existen tribunales *estatales,* y con ellos aplicación del derecho, en la medida en que emanan del «poder de mando del señor». Sólo la administración de justicia ejercida por el señor o por sus órganos es de carácter *estatal.* El modo de designación es indiferente: los jueces elegidos por los municipios también son órganos del estado en la medida en que los municipios son parte constitutiva del estado. Ehrlich opina que la primera jurisdicción estatal fue la del rey. Desde un punto de vista histórico el rey es tanto el juez supremo como el señor más importante. Cuando se concibe el estado de forma fragmentada como una serie de pequeñas comunidades jurídicas que poseen ordenamientos y órganos jurídicos completamente diferentes (tribunales), ¿en qué consiste entonces el lazo que une todos estos grupos y que conforma un *estado* unitario a partir de los grupos individuales? En todo caso, debe existir un tipo de *orden,* un orden que sea un *límite* para los órdenes jurídicos de los grupos individuales. Si este orden no fuera *jurídico,* ¿cuál sería entonces el límite del estado?

Si toda norma implica una relación con la comunidad jurídica, con el estado, esto no significa que toda relación jurídica deba estar necesariamente unida a una invocación de la autoridad estatal. ¿Debemos todavía insistir en que esta relación con el estado es de naturaleza exclusivamente potencial, que sólo se puede considerar que hay obligación si la violación de ésta tiene como *consecuencia de deber-ser* la reacción del estado sin que con esto se esté afirmando que toda obligación deba ser violada? ¿Es

un ácido sólo un ácido cuando se pone en contacto con papel de tornasol? Ehrlich parece forzar dicha conclusión cuando afirma que «hay millones de hombres que participan en innumerables relaciones jurídicas y que son tan felices que no tienen que dirigirse a una autoridad» (p. 130). ¿Se puede realmente imputar a la doctrina dominante, como Ehrlich hace, la opinión de que «la vida humana tiene lugar ante los tribunales» (p. 15), se puede atribuir al «jurista contemporáneo» el que éste «no pueda imaginarse en modo alguno la convivencia sin la coacción» (p. 67)? ¿Cree Ehrlich realmente -como él quiere hacer creer a sus lectores- que la teoría que presenta el derecho en íntima conexión con el estado y que concibe el derecho como «ordenamiento coactivo» estatal, representa la posición sociopsicológica de que los hombres se conducen con arreglo al derecho sólo por miedo de la sanción o ejecución estatal (p. 15)? No se hallaría ciertamente un representante tan necio de la teoría de la coacción, tal y como Ehrlich la concibe. La propia concepción ehrlichiana de la coacción estatal roza lo grotesco:

> «En el procedimiento judicial se agota, por tanto, el efecto protector del ordenamiento jurídico coactivo del estado con respecto a la persona del poseedor y de la acción frente a los que están fuera de la sociedad» (p. 57), los «proscritos» (p. 55).

¿No puede, entonces, el ordenamiento jurídico tener -como ordenamiento jurídico coactivo- un «efecto» preventivo? Y aquellos contra los cuales se dirigen la ejecución civil o los medios coactivos jurídico-administrativos, aquellos a los que los jueces imponen penas, ¿son realmente «proscritos», están realmente fuera de la sociedad? Ehrlich caracteriza al Estado como «la colectividad más amplia, el cual comprende incluso a aquéllos ("los proscritos")». Es enigmático que individuos que están comprendidos en el estado, es decir, en una colectividad social, están al mismo tiempo *«fuera»* de la sociedad. Ehrlich dice que «de esta forma, el *estado, como órgano de la sociedad,* protege a la sociedad de aquellos que están fuera de la sociedad» (p. 55). Mejor dicho: el estado, que como colectividad comprende incluso a los «proscritos», es un órgano de la sociedad y como tal protege a la sociedad de los que, como parte constitutiva del estado, son un *órgano de la sociedad*. El estado protege a la sociedad de sí misma o contra una de sus partes constitutivas que sin embargo es algo en lo que no deja de insistir Ehrlich (pp. 122 y 123), lo que no le impide manifestar que el *«estado* y una gran parte de la *sociedad* están en *oposición»* (p. 60).

Finalmente, cree Ehrlich poder esgrimir un último argumento contra el carácter estatal del derecho (lo que, dicho sea de paso, es lo mismo que decir el carácter jurídico del estado) cuando se refiere al *derecho canónico* (Kirchenrecht) y afirma que éste

> «es derecho con independencia de cómo se comporte el estado en relación con él, dado que éste es el ordenamiento jurídico de la iglesia» (p. 130).

¿No se da cuenta Ehrlich de que esta frase viene a decir que el derecho canónico es *derecho* porque es *derecho?* Precisamente porque Ehrlich, en la determinación del concepto de derecho, renuncia a la relación con el estado como la sociedad específicamente jurídica, su concepto de derecho no debe -si dejamos a parte el intento, que apenas se puede tomar en serio, de caracterizar las diferentes normas a través de las diferentes respuestas emocionales que produce la violación de aquéllas- llevar a ninguna parte ni coincidir con el de una norma o regla social. Desde un punto de vista sociológico, la posición de Ehrlich -en la medida en que se determina de una forma clara y no contradictoria- se desvanece en una identificación del *derecho* y de la *sociedad,* mientras que una dirección basada en la clara delimitación entre derecho y otras normas sociales conduce, como una de sus consecuencias más evidente, a la identificación del *derecho* y del *estado*.

V

Los dos capítulos finales del trabajo de Ehrlich tratan de los «métodos de la sociología del derecho». En ellos resume Ehrlich su concepción sobre la esencia de la nueva ciencia al tiempo que alcanza el punto culminante de obscuridad y contradicción interna. En estos capítulos finales vuelve a subrayar Ehrlich la oposición entre una «ciencia» del derecho «teórica», la sociología del derecho, y una jurisprudencia «práctica». Ya tuvimos la ocasión de señalar en la introducción, que Ehrlich desarrolla dicha oposición -cuya aplicación correcta habría sido de gran importancia- de una forma muy obscura. Al final resulta que el principio metodológico y fundante ha perdido todo significado posible en la obra de Ehrlich. Después de que haya insistido con anterioridad (p. 314) en que la «ciencia del derecho sociológica, como toda ciencia, tiene que limitarse a registrar los hechos, no a valorarlos», y que, por tanto, no tiene que decir lo que *debe ser,* y especialmente no tiene que decir lo que debe ser con arreglo al *derecho,* a lo que se

tiene derecho o a lo que se está obligado, o lo que es lícito o ¡lícito (en el sentido de un juicio de *valor),* Ehrlich añade que «también la sociología del derecho debe ser una *ciencia de la observación* (Beobachitungswissenschaft)». Dice del sociólogo del derecho que éste tiene que «reunir *hechos* para conocerlos y explicarlos» (p. 382). En particular, el enunciado jurídico es considerado meramente *como hecho,* esto es, desde su origen y sus efectos y no desde su aplicación práctica y su interpretación; lo que expresado de una manera más precisa significa: explicar los enunciados jurídicos, entendidos como hechos socio-psicológicos, a partir de su emergencia y sus efectos, entender el derecho como fuerza (Macht), no considerar las normas jurídicas desde su *validez* de deber-ser (Sollgeltung), no concebir el derecho como norma. Esta correcta determinación de una sociología del derecho puramente explicativa contrasta con lo que Ehrlich afirma de la «jurisprudencia práctica». En efecto, para Ehrlich, la «jurisprudencia práctica» debe conocer, a diferencia de la sociología del derecho teórica -la única ciencia del derecho según Ehrlich-, lo que debe ser con arreglo al derecho; no se dedica a explicar o constatar hechos sino a valorarlos. Pues bien, esta «jurisprudencia práctica», que para Ehrlich es «acientífica» por ser normativa, debe «ofrecer una imagen de la sociedad a la que las normas (que dicha jurisprudencia expone) deben aplicarse» (p. 384). ¿Cómo es posible dar una imagen de la sociedad con medios práctico-jurídicos? ¿No es la exposición de las relaciones sociales existentes, metodológicamente, una tarea de la sociología en oposición a la jurisprudencia «práctica»? La oposición entre «teórico» y «práctico» que introduce Ehrlich a propósito de las relaciones entre la sociología del derecho y la jurisprudencia queda completamente puesta en entredicho cuando aquél afirma hacia el final de su obra que la jurisprudencia es también una «ciencia», es decir, en el sentido que Ehrlich da a esta expresión, que se ocupa de describir y de *explicar* hechos -esto es, el *ser*- causalmente, no de valorarlos.

> «La intuición viva de las relaciones humanas de tipo jurídico, la generalización de los resultados de dicha intuición y de las normas de decisión correspondientes, esto es lo *científico* en la jurisprudencia. Hasta cierto punto, la jurisprudencia es una morfología de las formas jurídicas de la vida social»,

o como reza el encabezamiento de la página: «una morfología de la sociedad» (p. 385). Debemos suponer que se trata aquí de hechos-de-ser (Seinstatsachen), pues a éstos debe seguir un conocimiento en sentido «científico»; ¿dónde está entonces la oposición

a la sociología del derecho? «También la denostada parte general (de la jurisprudencia *práctica*) entraña *ciencia»*. ¿Ciencia en el sentido de Ehrlich? La confusión completa de los principios metodológicos de una disciplina práctica y teórica se consuma en los últimos y significativos resultados de la sociología del derecho de Ehrlich: la *investigación del derecho vivo*.

Partiendo de la base de que nuestra ciencia del derecho actual sólo se ocupa de los enunciados jurídicos, «el estado actual de nuestro derecho es en gran parte desconocido» (p. 395). El código civil austríaco dispone, salvo pacto matrimonial en contrario, que el régimen económico-matrimonial es la comunidad de gananciales (eheliche Gütergemeinschaft). El campesinado austríaco-alemán vive efectivamente bajo la comunidad de gananciales aunque ésta venga regulada frecuentemente -a través de pactos- por una de las derogaciones previstas en el código civil. La doctrina no nos informa acerca del contenido efectivo de los pactos matrimoniales en el campesinado de la misma forma que no lo hace con respecto al contrato de arrendamiento o al testamento (pp. 396, 397), los cuales adoptan regularmente, en ciertos grupos sociales, un contenido que es dejado a la disposición de las partes por el código. Desgraciadamente Ehrlich no ofrece ningún material en apoyo de una afirmación que es muy interesante desde un punto de vista *sociológico*. La doctrina tampoco sabe nada de la *«constitución agraria»* efectiva o del ordenamiento familiar efectivo que no se corresponde en ningún país europeo con las normas del derecho positivo (des gesetzten Rechtes) (p. 397). Es necesario detenerse aquí. El derecho es la *forma* bajo la cual tiene lugar o debe tener lugar la vida económica y política. La ciencia del derecho debe expresar algo sobre las formas pero no lo puede hacer (en todo caso con los medios específicos de los que dispone y dentro de los límites de su objeto) con respecto al *contenido* que debe desarrollarse bajo la forma del derecho (si la ciencia del derecho es concebida como una ciencia normativa) o que se desarrolla efectivamente bajo dicha forma (cuando se la concibe sociológicamente). Ehrlich simplemente identifica *derecho* y *sociedad,* es decir que caracteriza como derecho no sólo a la forma sino también al contenido de los fenómenos sociales, cuando exige de la *jurisprudencia* que le ofrezca una información acerca de las relaciones regulares de naturaleza económica y política que forman el contenido de las formas jurídicas. La jurisprudencia también debería ser entonces economía nacional, historia económica, si tuviera que ofrecernos información sobre la *constitución agraria* de un país o sobre las relaciones económicas efectivas entre los cónyuges, entre los arrendadores y los arrendatarios, etc. ¡Una

eliminación de los límites, como hace Ehrlich, entre derecho y economía, entre derecho y sociedad y, por tanto, entre la jurisprudencia y el resto de las ciencias sociales, no tiene precedente! ¿Cuál es el significado de cada regla que expresa algo sobre el contenido de ciertos negocios jurídicos o de ciertas relaciones jurídicas? Según Ehrlich estas reglas son el *«derecho vivo»*. Su esencia se manifiesta en la siguiente frase: «También aquí cumple defectuosamente su tarea la ciencia entendida como doctrina (Lehre) del derecho (Ehrlich se refiere a la jurisprudencia dominante) cuando se limita a exponer lo que la ley prescribe sin referirse también *a lo que sucede en realidad»* (p. 398). Según Ehrlich la tarea de investigar y exponer el «derecho vivo», esto es, las reglas del acaecer efectivo, no es sólo tarea de una sociología no valorativa que se limita a constatar y explicar hechos, sino también de una jurisprudencia práctica. Se reprocha a la jurisprudencia dominante el que no haga esto. Pero ¿cuál es la razón suficiente para caracterizar como «derecho» las reglas del acaecer efectivo obtenidas a partir de la observación del ser (Beobachtung des Seins), lo que no puede significar otra cosa que cuando algo sucede regularmente también tiene que suceder porque así lo ordena el derecho? Una *sociología,* en tanto que ciencia *del ser* (Seinswissenschaft) -en sentido ehrlichiano- no está autorizada a extraer esta conclusión; una *sociología* así entendida no podría nunca conocer ni mostrar normas jurídicas (como normas de deber-ser). Para una jurisprudencia práctica, la cuestión de saber si un acaecer efectivo también *debe* acaecer no ha de responderse desde esta posición. ¿Se puede entonces decir de todo lo que sucede regularmente que también *debe* suceder o incluso que debe suceder porque así lo establece el derecho? Eso y no otra cosa significa la afirmación de que el *derecho* vivo existe. ¿Y qué ocurre si este acaecer efectivo -según la frecuente hipóstasis de Ehrlich- está en *contradicción* con normas que el *jurista* práctico debe suponer también, por cualquier razón, como normas jurídicas válidas? ¿No significa esto pedir a la *jurisprudencia «práctica»* -«práctica» en tanto que ésta se ocupa del conocimiento del *deber-ser jurídico*- que renuncie a la condición fundamental de todo conocimiento al exigirle que considere como verdaderos dos enunciados (enunciados jurídicos) contradictorios, a saber la norma presupuesta como válida y la norma del derecho vivo que las contradice, esto es, que renuncie a *concebir* el ordenamiento jurídico como un todo coherente y libre de contradicción, en otras palabras, que renuncie a *concebir* el derecho en general?

El carácter completamente ambiguo de las reglas del acaecer efectivo que Ehrlich denomina el «derecho» vivo aparece claramente

en el siguiente ejemplo ofrecido por el mismo Ehrlich. Ehrlich señala que ha investigado los efectos del código civil en Bukowina. Desgraciadamente Ehrlich no nos da a conocer en su obra estas eminentes investigaciones jurídico-sociológicas. Esto habría sido importante porque de esta forma se hubiera suministrado finalmente *el material y el método* para la solución de un problema jurídico-sociológico realmente concreto. Ehrlich nos habla especialmente de la ineficacia de las disposiciones del derecho de familia del código civil austríaco. Con arreglo a las disposiciones de este código civil, el menor (Hauskind) puede poseer y disponer libremente de su propio patrimonio. La adquisición es en beneficio del menor y no de los padres. En Bukowina -informa Ehrlich-, territorio «que pertenece a Austria y donde el código civil está en vigor como en otras partes de Austria», es el campesino rumano el que dispone *de hecho* del patrimonio de su hijo: «si el menor trabaja, todos los meses su padre o su madre van a ver al patrón para cobrar el salario y llevárselo a casa» (p. 298). Es una lástima que de estas indicaciones no se desprenda en qué número de casos Ehrlich ha constatado lo que acaba de referir. Es de suponer que también podría constatarse otros casos en los que el menor dispone libremente de su ganancia. Pero ¿qué indican los hechos observados por Ehrlich? ¿Que en Bukowina el menor no tiene *derecho a* disponer de su ganancia? ¿Responderá como abogado o como juez el profesor Ehrlich cuando diga: estás obligado jurídicamente a permitir que tus padres dispongan de tu ganancia sin tu consentimiento? No dudo de que el profesor Ehrlich, como juez o como abogado, atribuirá al menor los derechos que le correspondan con arreglo al código civil, ¡incluso en Bukowina! Desde luego, si el menor está de acuerdo, o como dice Ehrlich, si «consiente tácitamente» (sich ruhig gefallen läßt) en que su padre disponga de su ganancia, entonces el estado de hecho descrito por Ehrlich no es incompatible de ninguna forma con el código civil. La ley otorga al menor un *derecho;* si el menor no hace uso de él, es asunto suyo. El menor puede transmitir su derecho o su ganancia en un negocio concreto a su padre; también puede, con arreglo al derecho, dárselos en donación, así como cederle su salario o dejar que el derecho se pierda. En todos estos casos, el menor no actúa contra la ley. Quizá el hecho observado por Ehrlich, en la medida en que constata su regularidad en el seno de un grupo social, es una *costumbre,* pero no desde luego una costumbre que contradice la ley, como Ehrlich cree (p. 299). Caso distinto sería si el código civil estableciera una *obligación* jurídica a cargo del menor. En ese caso, si las obligaciones establecidas por la ley no fueran observadas efectivamente, serían violadas regularmente por todo

el grupo. La norma jurídica en vigor no tendría ningún *efecto* con respecto a dicho grupo. Es seguro que la tarea de una sociología del derecho sería investigar el efecto de las normas jurídicas. Ahora bien, ¿qué nos puede decir una sociología del derecho que sólo toma en consideración y explica lo existente (das Seiende), una sociología que, como el propio Ehrlich admite, «debe sólo registrar y no valorar los hechos» (p. 314), qué nos puede decir acerca de si lo que sucede efectivamente, también *debe* suceder, por mandato de la moral o del derecho? ¿Qué nos dice esa sociología de lo que es *lícito?*

Lo que Ehrlich señala como «derecho vivo» no es una categoría jurídica en la medida en que como «derecho vivo» se entienda el contenido regular de las diferentes relaciones jurídicas, sino un interesante objeto para la *descripción de la economía* y para la explicación de la sociedad. El conocimiento de estos hechos puede tener un valor para el *legislador,* como en general lo tiene el conocimiento de los hechos sociales. Pero para una sociología *del derecho* que se diferencie de la descripción de la economía y de una teoría general de la sociedad, aquel objeto de derecho no debe estar dado como algo que va de suyo. En la medida en que esa disciplina se delimita y es operativa, su problema radica en el origen y en el *efecto* de las normas jurídicas, entendiendo por tales los hechos socio-psíquicos. Para una sociología del derecho, sólo en la medida en que en relación con la formación *del contenido* de las relaciones jurídicas se tratara del *efecto* de las normas jurídicas, entraría en consideración este contenido del derecho.

Parece, por tanto, que una sociología del derecho como *disciplina independiente* se enfrentaría a graves dificultades. Sólo es posible una sociología del derecho en estrecha relación con una sociología de la moral y de las costumbres, o dicho de otra manera, en relación con una sociología del resto de las normas sociales. El comportamiento efectivo del hombre en la medida que un enfoque jurídico-formal considera regular dicho comportamiento no se manifiesta como estando motivado exclusivamente por las normas jurídicas, sino también por normas de otro tipo. Y puesto que el cometido de una sociología también es investigar las causas de la ineficacia del derecho, es decir, los motivos de los comportamientos antijurídicos, dicha sociología debe desvelar todo el mecanismo del acaecer social para resolver sus problemas. La sociología del derecho, en sentido estricto, no es una ciencia propia (keine eigene Wissenschaft); se trata de una parte extraída de un modo completamente *arbitrario* -desde el punto de vista del conocimiento sociológico- de una ciencia general que considera y explica la vida social. Pues la delimitación del dominio de

esta sociología *del derecho* debe llevarse a cabo a través de un concepto cuya determinación viene dada a partir de un punto de vista completamente diferente del de una sociología explicativa, a saber a través del concepto *normativo de derecho*. La *sociología* del derecho no puede determinar lo que es *derecho* o al origen y efecto de *qué* normas debe limitarse dicha forma de conocimiento; la sociología del derecho debe presuponer el concepto *normativo* de derecho. Ahora bien, dado que es el concepto normativo de derecho el que delimita los problemas de la sociología del derecho, los límites de ésta deben aparecer como arbitrarios desde el punto de vista de aquella ciencia de la que la sociología del derecho es una rama, a saber la *sociología*. Que las normas cuyo efecto determina el comportamiento social sean normas jurídicas o normas de la moral poco le importa al punto de vista sociológico. Para el aspecto puramente sociológico no habrá ninguna diferencia *esencial* entre estas normas, es decir, *entre los hechos psíquicos, entre las representaciones que estas normas tienen por contenido*. Sólo la idea errónea de que la sociología tiene el mismo objeto, en general, que la jurisprudencia normativa, conduce a la idea de una *sociología del derecho autónoma*. La *norma jurídica,* ese objeto específico de la ciencia del derecho, no viene dada en modo alguno a una sociología orientada hacia el ser (auf das Sein gerichtete Soziologie). ¡La representación o la percepción de la norma jurídica como deber-ser jurídico es algo completamente distinto! Un *concepto sociológico de derecho,* del que recientemente tanto Ehrlich como otros hablan, es tan inimaginable como un concepto matemático de un proceso biológico o un concepto moral de la gravedad. El intento ehrlichiano muestra claramente que una sociología *del derecho* tiende inevitablemente a convertirse en una sociología de la *sociedad* dado que el concepto de derecho no puede delimitarse sociológicamente.

El intento de Ehrlich de fundamentar la sociología del derecho se debe considerar como completamente frustrado, sobre todo como consecuencia de una falta de claridad en el planteamiento de los problemas y de una ausencia de método preciso. Lo que se desprende de sus explicaciones caóticas y contradictorias no es ciertamente otra cosa que el lugar común aceptado -que Ehrlich enfatiza en el prólogo y que representa el sentido de su obra- a saber el enunciado que afirma que lo esencial del desarrollo jurídico radica en la sociedad. ¡Naturalmente! ¡Desde luego que el desarrollo jurídico completo se realiza como proceso social en la sociedad! Sólo que las pretensiones que Ehrlich atribuye a la ciencia fundada por él deben ser en parte rechazadas cuando Ehrlich afirma que en ese enunciado está «contenido el sentido de

toda fundamentación de una sociología del derecho», puesto que eso sería tan elocuente como aprehender el sentido de toda biología a través del enunciado que dijera que el desarrollo de los organismos radica en la naturaleza.

(Traducción de Adolfo Barberá)

ACERCA DE LA MOTIVACIÓN DE LOS HECHOS EN LA SENTENCIA PENAL *

«...la justicia que depende de la verdad de los hechos»
M. Murena[1]

I. INTRODUCCIÓN

A juicio de Calamandrei, «la motivación constituye el signo más importante y típico de la "racionalización" de la función judicial»[2]. Y, aunque no siempre en la historia la imposición del deber de motivar ha respondido al interés de conferir mayor racionalidad en el más amplio sentido de racionalidad democrática- al ejercicio del poder de los jueces[3], lo cierto es que la resolución motivada, como resultado, sí ha operado *objetivamente* en favor de ese interés.

En efecto, por modesto que fuere el alcance dado al deber de motivar, el simple hecho de ampliar el campo de lo observable de la decisión, no sólo para los destinatarios directos de la misma, sino al mismo tiempo e inevitablemente para terceros, comporta para el autor de aquélla la exigencia de un principio o

---

* Este trabajo constituye un desarrollo y reelaboración de la intervención del autor en el curso del Consejo General del Poder Judicial sobre «La sentencia penal» celebrado en 1992.

[1] *Tratado de las obligaciones del juez,* por Maximiliano Murena, jurisconsulto napolitano, traducido del italiano al francés; y de éste al idioma castellano por D. Cristóbal Cladera. Madrid MDCCLXXXV, por D. Plácido Barco López, p. 66.

[2] P. Calamandrei, *Proceso y democracia.* Trad. de H. Fix Zamudio, Ejea, Buenos Aires, 1960, p. 115.

[3] Es un ejemplo emblemático al respecto la pragmática napolitana de Fernando IV, de 22 de septiembre de 1774, que imponía a los jueces el deber de motivar, en este caso entendido en el sentido de expresar la norma aplicada; y que, más que democratizar el ejercicio de la jurisdicción, que hubiera sido impropio de un régimen autocrático, buscaba reforzar la centralización del poder, neutralizando uno de tantos particularismos feudales. (Sobre este episodio puede verse: F. Cordero, *Riti e sapienza del diritto.* Laterza, Roma-Bari, 1981, pp. 663-666).

un plus de justificación del acto[4]; y una mayor exposición de éste a la opinión.

Lo prueba la histórica reacción de los jueces napolitanos[5], sobre la intensidad de cuya resistencia a la pragmática de Fernando IV en favor de un incipiente principio de motivación ilustra el dato de que, años después, tuvo que ser abolida. Pero más en general, las propias atormentadas vicisitudes pretéritas y actuales *del jugement motivé,* que, aunque dan sobrada razón a Cordero en su afirmación de que «el hermetismo es connatural al narcisismo togado»[6], apuntan a un más allá, o un antes, que tiene que ver con la propia naturaleza del poder en general.

No cabe duda de que es así cuando se trata de un poder, de cualquier modo, *absoluto;* porque «el estado se desequilibra y *debilita»* si «los hombres se consideran capacitados para debatir y disputar entre sí acerca de los mandatos»[7] de aquél. Pero tampoco el estado *democrático*[8]*,* se ve libre de esa forma de atavismo, seguramente *genético*. De ello da buena cuenta la conocida propensión al secreto y, en el terreno que nos ocupa, la lectura y la práctica habitualmente reductivas del imperativo de motivar las resoluciones judiciales cuando éste ha hecho acto de presencia en algún texto legal[9].

Con todo, es una evidencia que la constitucionalización del deber de motivar las sentencias (art. 120,3), a partir de 1978 y por

---

[4] «El motivo responde a la pregunta *¿por qué?* Tiene, por tanto, una función de explicación; pero la explicación (...) al menos en los contextos en los que motivo significa razón, consiste en hacer claro, en hacer inteligible, en hacer comprender». (P. Ricoeur, *El discurso de la acción.* Trad. de P. Calvo, Madrid, 2.ª ed. 1988, p. 50).

[5] «Scatena un putiferio la riforma», escribe gráficamente al respecto Cordero, en *Procedura penale.* Giuffrè, Milán, 1991, p. 819.

[6] *Op.* ult. *cit.,* p. 816.

[7] T. Hobbes, *Leviatán.* Trad. de C. Mellizo, Alianza Editorial, Madrid, 1989, p. 258.

[8] Cfr. al respecto: F. J. De Lucas Martín, «Democracia y transparencia. Sobre poder, secreto y publicidad», *Anuario de Filosofía del Derecho,* 1990, pp. 131 y ss.

[9] Entre nosotros, como es bien notorio, sólo en los últimos años, y trabajosamente, ha empezado a abrirse camino una cierta cultura *democrática* de la motivación. Con todo, la misma tiende a manifestarse de forma casi exclusiva en las sentencias y, dentro de éstas, preferentemente en la fundamentación jurídica.

Así, no son infrecuentes resoluciones como el auto de un juzgado de instrucción de Madrid, que *motivaba* la denegación de reformar otro previo de archivo de las actuaciones - *fundado* a su vez en que «los hechos no revisten caracteres de infracción penal»-, en «que las razones alegadas por la parte recurrente no alcanzan a desvirtuar el criterio que movió al instructor para dictar el auto que hoy se impugna...».

primera vez en nuestra experiencia histórica[10], ha significado un cambio de paradigma.

En efecto, en nuestro país, como en otros del entorno, la primera aparición del deber de motivar responde prioritariamente a exigencias de carácter político: se busca en él una garantía frente al arbitrio[11].

Que es así y que hay un sentir al respecto más o menos generalizado lo pone de manifiesto la circunstancia de que esa línea argumental encuentre eco, en la primera mitad del siglo XIX, en obras de carácter eminentemente práctico, como la de Verlanga Huerta. Para este autor, «el dar los motivos de la sentencia, prueba por lo menos un sagrado respeto a la virtud de la justicia, y una sumisión absoluta a la ley (...). El motivar los fallos tiene ya algo de publicidad, y he aquí una de las ventajas de esta práctica. Dispensar al juzgador de razonar los decretos que dé sobre la hacienda, vida y honor de los ciudadanos, es autorizarle tácitamente para ejercer la arbitrariedad...»[12].

No es tan claro, sin embargo, que esa dimensión de naturaleza político-general, por así decir *erga omnes,* de la sentencia, resulte eficazmente traducida en la legislación ordinaria. Por el contrario, parece que en ésta hay más bien una tendencia a entender el deber de motivar como pura exigencia técnica «endoprocesal»[13], que

---

[10] Sobre los antecedentes del tema, en general, cfr.: M. Ortells Ramos, «Origen histórico del deber de motivar las sentencias», en *Revista de Derecho Procesal Iberoamericana,* 1977, pp. 899 y ss. También F. Ranieri, «El estilo judicial español y su influencia en la Europa del antiguo régimen», en *España y Europa, un pasado jurídico común* (Actas del I Simposio Internacional del instituto de Derecho Común, Murcia 26-28 de marzo de 1985), ed. a cargo de A. Pérez Martín, Universidad de Murcia, Murcia, 1986, pp. 101 y ss.

[11] Así, T. Sauvel, al referirse a la obra de la Revolución y su reflejo en la materia de que tratamos, pone de manifiesto la existencia de una opinión crítica generalizada en contra de la famosa fórmula «pour les cas résultant du procès», con que los tribunales del antiguo régimen *fundaban* sus decisiones; y la demanda de que éstas fueran siempre motivadas («Histoire du jugement motivé», en *Revue du Droit Public et de la Science Politique en France et a l'Etranger,* 1955, pp. 43-44).

Para nuestro país es expresivo el testimonio del diputado en las Cortes de Cádiz, José de Cea, que presentó un proyecto de decreto propugnando que para «quitar la malicia, fraude y arbitrariedad todo pretexto, y asegurar en el público la exactitud, celo y escrupulosidad de los magistrados... en toda decisión... se expongan las razones, causas y fundamentos en que se apoyan... para... las decisiones se funden... sobre el texto expreso de las leyes...» (cit. por Ortells Ramos, en *op. cit.,* p. 905).

[12] F. Verlanga Huerta, *Procedimiento en materia criminal. Tratado que comprende todas las reglas procesivas de dicha materia respecto a la jurisdicción ordinaria,* tomo I. Librería de Ríos, Madrid, 1842, p. 426.

[13] Así lo entiende para Italia E. Amodio, voz «Motivazione della sentenza penale», *Enciclopedia del Diritto, vol.* XXVIL Giuffrè, Milán, 1977, p. 186).

mira a hacer posible a las partes el ejercicio de la eventual impugnación.

Una confirmación de esta hipótesis puede hallarse para nuestro país en la forma como la Ley de Enjuiciamiento Criminal trata el tema. En efecto, una vez excluido el control casacional de los hechos, el legislador se despreocupa de imponer al juez en la redacción de la sentencia (art. 142,2) alguna cautela en garantía de la efectividad del imperativo de vinculación de la convicción sobre aquéllos al resultado de «las pruebas practicadas en el juicio», contenido el art. 741.

Así lo hizo notar Gómez Orbaneja, a cuyo entender, la expresión de ese último precepto «sugiere indebidamente una operación íntima y secreta de que no hubiese que dar cuenta»[14].

Es cierto que una Orden de 5 de abril de 1932 trató de salir al paso de la «práctica viciosa» en que generalmente se traducía la interpretación del art. 142 por los tribunales. Pero sólo porque ello hacía «prácticamente imposible el normal desenvolvimiento del recurso de casación». De este modo, la preocupación ministerial se circunscribía a la obtención de una adecuada expresión del resultado probatorio y de un correcto deslinde entre la *quaestio facti* y la *quaestio iuris,* en tanto que elementos necesarios para el juego del control de legitimidad. Pero nada parecido, en el texto de la orden, a la exigencia de que en la sentencia se hicieran explícitos los patrones de valoración y el rendimiento conforme a ellos de cada medio probatorio en el caso concreto. Lo que, en último término, constituye una ulterior confirmación del criterio antes expuesto.

Este mismo criterio encuentra también apoyo autorizado en alguna jurisprudencia de la Sala Segunda del Tribunal Supremo. Seguramente en ningún caso en términos tan llamativos como lo hizo la sentencia de 10 de febrero de 1978 (ponente Vivas Marzal), al declarar que «el tribunal debe abstenerse de recoger en su narración histórica la resultancia aislada de las pruebas practicadas... y, con mucho mayor motivo, el análisis o valoración de las mismas, totalmente ocioso e innecesario dada la soberanía que la ley le concede para dicha valoración y que debe permanecer incógnita en la conciencia de los juzgadores y en el secreto de las deliberaciones»; añadiendo que «el tribunal no puede ni debe dar

[14] En Gómez Orbaneja y Herce Quemada, *Derecho Procesal Penal,* Madrid, 6.ª edición, p. 249.

explicaciones del porqué llegó a las conclusiones fácticas...»[15].

[15] Tomo la cita de J. L. Vázquez Sotelo, *Presunción de inocencia del imputado e íntima convicción del tribunal*. Bosch, Barcelona, 1984, p.507. El autor indica que la sentencia de instancia que fue en este caso el referente de la de casación

Frente a este estado de cosas, la inclusión del deber de motivar en el art. 120,3 de la Constitución, precisamente dentro del título VI dedicado al «poder judicial», y en un precepto que consagra otras dos fundamentales garantías procesales: la publicidad y la oralidad, no puede dejar de ser significativa. Significativa y totalmente coherente, puesto que, como ha escrito Ferrajoli, estas últimas, junto con la de motivación, son *«garantías de garantías»,* de carácter «instrumental», por tanto, pero condición *sine qua non* de la vigencia de las *«primarias* o epistemológicas»[16]. Del proceso penal, en general, como vehículo del derecho punitivo.

Es por ello que la motivación como mecanismo de garantía, en un diseño procesal del género del que se expresa en la Constitución de 1978, no puede limitar su funcionalidad al ámbito de las relaciones *inter partes,* asumiendo necesariamente una *función extraprocesal*[17].

De esta función, y de la consiguiente inserción de la sentencia en un marco abierto, se deriva la apertura de un nuevo ámbito de relaciones, que tiene como sujetos, por un lado, al juez o tribunal, y, por otro, a la totalidad de los asociados, que se constituyen en *destinatarios* también de la sentencia e interlocutores de aquéllos.

Y esto a su vez implica exigencias de naturaleza formal, pero de intenso contenido político-garantista. Porque la sentencia, al (y para) trascender la dimensión burocrática, demanda un *estilo* diverso del convencional, que tendría que concretarse, en primer lugar, en un lenguaje diferente, adecuado para el nuevo tipo de comunicación, y, probablemente, también en una nueva estructura.

En este contexto la *quaestio facti* y su tratamiento en la sentencia, más que cobrar *otro* sentido, pueden llegar a adquirir el reconocimiento explícito del que efectivamente tienen: que es ser el momento de ejercicio del *poder judicial* por antonomasia. Puesto que es en la reconstrucción o en la elaboración de los *hechos* donde el juez es más soberano, más difícilmente controlable, y donde, por ende, puede ser -como ha sido y en no pocas ocasiones sigue siendo- más arbitrario.

---

debió perderse en un injustificado relato de incidencias procesales irrelevantes para el fallo, omitiendo, sin embargo, otros datos relevantes. Pero señala también que ese mismo criterio «tiene respaldo en otras muchísimas decisiones del mismo TS, aunque no siempre en términos tan contundentes» (p. 508).

[16] Éstas son la *formalización de la acusación,* la *carga de la prueba* y el *derecho de defensa.* (L. Ferrajoli, *Diritto e ragione. Teoria del garantismo penale.* Laterza, Roma-Bari, 1.ª edición 1989, pp. 681 y 632).

[17] En este sentido M. Taruffo, «La fisonomia della sentenza in Italia», en *Rivista Trimestrale di Diritto e Procedura Penale,* 1986, p. 443.

A tenor de las precedentes consideraciones, cabe preguntarse

acerca del contenido de la motivación. Tradicionalmente se han perfilado dos propuestas. Una primera lo identifica con la «individualización del *iter* lógico-jurídico mediante el que el juez ha llegado a la decisión»[18]; una actividad de tipo prevalentemente descriptivo[19].

Del anterior difiere el punto de vista que atribuye a la motivación un carácter más bien justificativo[20], que opera como *racionalización a posteriori*[21] de la decisión previamente tomada.

En contraste con esas posturas, que tratan de elucidar lo que la motivación *es,* Ferrajoli ha reclamado recientemente para la actividad motivadora del juez un estatuto esencialmente *cognoscitivo,* único que puede conferir a la decisión judicial legitimidad política y validez desde el punto de vista epistemológico y jurídico[22]. A este punto de vista haré referencia con algún pormenor más adelante.

II. HECHOS

Se ha escrito por un magistrado italiano[23] que, del mismo modo que el burgués gentilhombre se sorprendió al conocer que hablaba en prosa, los jueces podrían también experimentar sorpresa si fueran plenamente conscientes de la densidad de las cuestiones epistemológicas y la notable complejidad de los procesos lógicos implícitos en el más elemental de los razonamientos de que habitualmente hacen uso.

La reflexión debe ir más allá porque, en tanto esa conciencia se produce, el discurso judicial -el jurídico-práctico en general-

---

[18] Al respecto cfr. M. Taruffo, *La Motivazione della sentenza civile.* Cedam, Padua, 1975, p. 417.

[19] E. Amodio se ha referido a este punto de vista calificándolo de «falacia descriptivista», en cuya virtud «la motivación externa se convierte en una... descripción que tiene el único fin de hacer conocer lo que el juez ha elaborado "en su cabeza"» (en *op. cit.,* p. 214).

[20] Así, también entre nosotros M. Atienza: «Los órganos jurisdiccionales o administrativos, no tienen por lo general, que explicar sus decisiones, sino que justificarlas». (En *Las razones del Derecho. Teorías de la argumentación jurídica.* Centro de Estudios Constitucionales, Madrid, 1991, p. 23).

[21] Así lo entendió Calamandrei, en *op. cit.,* p. 125.

[22] En *op. cit.,* p. 640.

[23] Cfr. E. Fassone, «Qualche altra rifiessione in tema di prova», en *Questione giustizia,* 3/1986, p. 721.

En la reciente doctrina española, Luis Prieto Sanchís ha llamado especialmente la atención sobre la relevancia de la determinación de los hechos en la tarea interpretativa; poniendo de relieve cómo el margen de apreciación del juez es mayor a mayor proximidad procesal a la *quaestio facti* (cfr. *Ideología e interpretación jurídica,* Tecnos, Madrid, 1987, pp. 88 y ss.).

en acto, no puede dejar de acusar negativamente ese lamentable operar sobre un cierto vacío epistemológico, ese acontecer de espaldas a un conocimiento efectivo de las propias reglas que lo constituyen.

Esta evidencia resulta todavía más patente en aquella vertiente del razonamiento judicial referida a lo que habitualmente se conoce como «lo fáctico», o «los hechos». Materia, por otro lado, particularmente descuidada en la mayoría de las teorías sobre la interpretación, y abandonada así en buena medida a la subjetividad del intérprete. Por eso Frank pudo escribir con toda razón que «esta "discrecionalidad en cuanto a los hechos" o "soberanía" virtualmente incontrolada e incontrolable, ha pasado por alto a la mayoría de los juristas»[24].

Esa actitud ha tenido correspondencia en los textos positivos y, desde luego, en nuestra Ley de E. Criminal y en la jurisprudencia tradicional del Tribunal Supremo «exoneratoria de toda alegación sobre la convicción formada "en conciencia"»[25].

El tratamiento judicial que habitualmente reciben los *hechos* suele reflejar una consideración de los mismos como entidades naturales, previa y definitivamente constituidas desde el momento de su producción, que sólo se trataría de identificar en su objetividad. Lo escribió con mucha claridad Fenech, al referirse a ellos como «esos datos fríos de la realidad»[26].

Es decir, los *datos* como *lo dado,* o sea, esa «realidad o cualidad de alguna realidad, que es dada, y también que está dada, cuando se halla presente a un sujeto cognoscente sin la mediación de ningún concepto»[27].

Tal modo de existencia de los hechos para el juez haría posible de manera espontánea, sin mediaciones, una relación de total exterioridad, con el mínimo de implicaciones subjetivas.

Pero lo cierto es que el hecho puro del positivismo filosófico decimonónico no parece que exista como tal; y, en consecuencia, tampoco caben «los juicios de hecho entendidos como simples constataciones del "dato bruto "»[28].

---

[24] J. Frank, *Derecho e incertidumbre.* Trad. de C. M. Bidegain, revisada por G. R. Carrió, Centro Editor de América Latina, Buenos Aires, 1968, p. 70.

[25] L. Pietro-Castro y E. Gutiérrez de Cabiedes, *Derecho Procesal Penal.* Tecnos, Madrid, 1976, p. 325.

[26] M. Fenech Navarro, *Enjuiciamiento y, sentencia penal,* Discurso inaugural del año académico 1971-72. Universidad de Barcelona, 1971, p. 51.

[27] J. Ferrater Mora, voz «Dado», *Diccionario de Filosofía.* Alianza Editorial, Madrid, 1979, vol. 1, p. 705.

[28] G. Ubertis, *Fatto e valore nel sistema probatorio penale.* Giuffrè, Milán, 1979, p. 25.

Por el contrario, en la moderna filosofía de la ciencia, tiene carta de naturaleza la idea de que se da «cierta intimidad conceptual entre lo que consideramos hechos y el lenguaje en que los afirmamos, o al menos entre los hechos y los tipos de entidad lógica que designamos como "enunciados" (...). *Los hechos son aquello que afirman los enunciados verdaderos»*[29].

Este nuevo paradigma, al ofrecer una visión diferente del proceso cognoscitivo, revela también un distinto modo de relación entre el sujeto que trata de conocer y el segmento de experiencia sobre el que proyecta su interés. Y en nuestro caso, entre el juez, los hechos probatorios y el *thema probandi.*

Así resulta que el juez se entiende no directamente con los *hechos* como tales, sino con proposiciones relativas a hechos, con «representaciones cognoscitivas» que denotan algo acontecido en el mundo real[30]. Lo que, bajo su apariencia de obviedad, tiene implicaciones prácticas de extraordinaria relevancia que no pueden pasar desapercibidas.

Éstas son, en primer lugar, que sobre el proceso de conocimiento relativo a los *hechos,* al estar también mediado por el lenguaje[31] -«el lenguaje y la situación son inseparables»[32]-, pesa idéntica carga de relativismo y de incertidumbre y ambigüedad[33] que en todos los demás casos en que esa mediación tiene lugar. Esto es importante porque las mismas peculiaridades («ambigüedad», «textura abierta», «zonas de penumbra») que se predican de los enunciados deónticos suelen encontrarse también presentes en los enunciados que se expresan en lenguaje observacional; por más que éstos hayan de tener normalmente como referente entidades connotadas por un menor nivel de abstracción. Si como dice Echevarría, «la observación científica no es inmediata ni ingenua», sino que «está cargada conceptualmente»[34], cuánto más cargada *de todo* (preconceptos, prejuicios, etc.) no lo ha de estar

---

[29] N. R. Hanson, *Patrones de descubrimiento. Observación y explicación.* Trad. de E. García Camarero y A. Montesinos. Alianza Editorial, Madrid, 2.ª ed, 1985, pp. 16-17.

[30] T. A. Van Dijk, *Estructuras y funciones del discurso.* Trad. M. Gann y M. Mur, Siglo XXI Editores, 7.ª ed., México, 1991, p. 81.

[31] Cfr. al respecto A. Ruiz Miguel, «Creación y aplicación en la decisión judicial», *Anuario de Filosofía del Derecho,* 1984 (separata), p. 12.

[32] M. Stubbs, *Análisis del discurso. Análisis sociolingüístico del lenguaje natural.* Trad. de C. González, Alianza Editorial, Madrid, 1983, p. 17.

[33] Lo expresó muy bien Frank: «Hay también, una ambigüedad perturbadora en la palabra "hecho". Los "hechos" son ambas cosas: "subjetivos" y "objetivos"». (En *op. cit.,* p. 69).

[34] J. Echevarría, *Introducción a la metodología de la ciencia. La filosofía de la ciencia en el siglo XX*. Barcanova, Barcelona, 1989, p. 70.

una observación que suele acusar marcadísimas implicaciones emotivas, puesto que se traslada al proceso por la vía, siempre *contaminada*[35], de las impresiones de testigos: *terceros* afectados/ interesados o moralmente concernidos por el tema del juicio[36]. Impresiones adquiridas, las más de las veces, espontáneamente en el curso de la vida ordinaria y, desde luego, sin el distanciamiento crítico que por lo común acompaña a la actividad cognoscitiva de los científicos; tan cautos, sin embargo, como se ha visto, al evaluar la posible *objetividad* de su conocimiento.

Por otra parte, en el caso del juez, esa mediación discursiva se da no como mera *descripción* aséptica de lo que ya *existe* al margen de la actividad del operador; sino como proceso de *construcción* del supuesto de hecho, construcción a la que el juez contribuye activamente, *desde dentro*. Y en ella está presente toda la carga de subjetivismo que acompaña a cualquier actividad interpretativa.

De aquí se deriva, pues, la exigencia de un control y una tensión hacia la adquisición del máximo de consciencia posible de todos los factores y contenidos de memoria que inciden sobre la propia actividad, que no tendría que ser menor que el que, más o menos pacíficamente, se acepta debe darse en la que habitualmente se conoce como actividad interpretativa. Es decir, la referida más directamente a las normas.

Del mismo modo que se ha dicho que los enunciados observacionales están cargados de teoría[37], en el área de nuestro interés, tendría que decirse que los enunciados fácticos corren, además, el riesgo de estar *cargados de derecho*. Lo que constituye otra particularidad del proceso de conocimiento de los hechos a tener

---

[35] Interesantes indicaciones al respecto pueden encontrarse en J. J. Mira y M. Diges, «Procesos intervinientes en la evidencia de testigos», en F. J. Jiménez Burillo y M. Clemente (eds.), *Psicología social y sistema penal.* Alianza Editorial, Madrid, 1986, pp. 159 y ss.

[36] Como advierte T. A. Van Dijk, «la información se "recodifica" en información conceptual (...) la comprensión, el almacenamiento y la recuperación nunca son "puros", sino que también interactúan con todos los procesos "de pensamiento"» (...) por eso, «la reproducción es sobre todo *producción*». (*Op. cit.,* pp. 90-92). Observación que es pertinente tanto para el caso del testigo y su forma de aportar material informativo al juez; como por lo que se refiere al tratamiento por éste de ese material.

[37] Son bien elocuentes al respecto las palabras de N.R. Hanson: «En cierto sentido, entonces, la visión es una acción que lleva una "carga teórica". La observación de *x* está moldeada por un conocimiento previo de *x*. El lenguaje o las notaciones usadas para expresar lo que conocemos, y sin los cuales habría muy poco que pudiera reconocerse como conocimiento, ejercen también influencia sobre las observaciones». (En *op. cit.,* p. 99).

en cuenta, a la vez que apunta a otro riesgo de contaminación del mismo que no puede ser desatendido por el juez. En efecto, éste trabaja sobre una hipótesis, que es a su vez un punto de vista normativo, puesto que implica la afirmación de que en el caso concreto ha tenido lugar un hecho que es el previsto como supuesto base de un determinado precepto. Ahora bien, aun dentro de ese contexto, y aun en la perspectiva de la evaluación de esa hipótesis, la *búsqueda de la verdad* ha de ser ajena a otro interés que no sea precisamente ése. Hablo en este caso de interés como *interés epistemológico* que tiene expresión legal en el principio de presunción de inocencia, criterio-guía que aquí debe jugar como barrera impuesta al intérprete para, no obstante moverse en el marco de una hipótesis normativa, ser capaz de tratar el material empírico que se le suministra por terceros con el máximo de neutralidad y de distancia respecto del derecho sustantivo de eventual aplicación, evitando caer en el riesgo fácil de *producir* un caso *ad hoc*[38].

Situados en esta perspectiva es evidente que la actividad jurisdiccional presenta un especial grado de dificultad y su ejercicio plenamente responsable demanda un extraordinario nivel de autoconciencia sobre las peculiaridades de la misma.

La mayor parte de los enunciados, como señaló Russell, «está destinada a expresar hechos, que (salvo cuando se trate de *hechos psicológicos*) versarán acerca del mundo exterior»[39]. Esta circunstancia, en sí misma evidente, y la mayor dificultad de la captación y el tratamiento semántico de los «hechos psicológicos», unida a alguna particularidad de nuestro derecho probatorio, ha llevado a la jurisprudencia de la Sala Segunda del Tribunal Supremo a «atribuir a aquéllos la inapropiada naturaleza de "juicios de valor"», como ha puesto de manifiesto Beneytez Merino[40].

Podrían citarse multitud de resoluciones[41], pero sirva como

---

[38] Vale la pena recordar que hace ya casi 20 años L. Ferrajoli advertía del riesgo de forzar la realidad de los hechos, al establecer lo que de ellos resulta «jurídicamente relevante» en cada caso, que acecha siempre a la actividad jurisdiccional. Postulaba «criterios de valoración y de juicio "factualmente relevantes", es decir, adecuados al hecho considerado y tomado en su concreta realidad» («Magistratura Democratica e l'esercizio alternativo della funzione giudiziaria», en P. Barcellona (ed.) *L'uso alternativo del diritto* (I), Laterza, Roma-Bari, 1973, pp. 117-118).

[39] B. Russell, «La filosofía del atomismo lógico», en J. Muguerza (ed.), La concepción analítica de la filosofía I, Alianza Editorial, 1974, p. 145. (Cursiva mía).

[40] L. Beneytez Merino, «Juicio de valor y jurisprudencia», en *Poder Judicial,* 2.ª época, n. 19, septiembre de 1990, p. 15.

[41] En general (así, por ejemplo, Moyna Ménguez, 14 de junio de 1988)

ejemplo una sentencia reciente, la de 30 de octubre de 1991 (ponente De Vega Ruiz), que expresa muy bien el punto de vista de referencia, cuando dice que «los juicios de valor suponen, en definitiva, una actividad de la mente y del raciocinio tendente a determinar la intencionalidad del agente o sujeto activo de la infracción en las distintas formas comisivas». Se trataría así de «juicios o "pareceres" de los jueces que indudablemente no deben ser incluidos en el *factum* de la sentencia por ser meras apreciaciones subjetivas». Es la razón por la que «es en los antecedentes de hecho en donde han de consignarse todas las circunstancias fácticas como soporte de la calificación jurídica, para dejar aquellos juicios de valor, inaprensibles por los sentidos, a la vía deductiva que, razonablemente, ha de estar inmersa en los fundamentos de derecho».

Sabido es que lo que busca la opción que expresa este criterio es extender el ámbito del control casacional a determinados aspectos de la sentencia[42]: los relativos a la motivación sobre la intención y los motivos del agente; a los que se dé tratamiento de *quaestio iuris,* para hacerlos entrar dentro del ámbito material del recurso.

---

se reserva el calificativo de «hecho» para el ánimo o intención de matar, sólo cuando existe prueba directa; y se le considera «juicio axiológico o de valor» cuando la prueba es indirecta. O también, Puerta Luis, 27 de enero de 1992, tratándose de casos similares, se habla de «un hecho psicológico que debe inferirse, al faltar normalmente prueba directa...», con referencia al conocimiento de la procedencia ilícita de los bienes en un delito de receptación.

Así parece que la naturaleza de un dato fáctico, por más que de orden psicológico, dependería de factores externos, sobrevenidos, de índole procesal en este caso, como es el tipo de prueba.

[42] Esta posición tiene un autorizado exponente en E. Aguilera de Paz: «esa amplia potestad que la ley concede (alude al art. 741 de la Ley de Enjuiciamiento Criminal), se refiere tan sólo a la apreciación de las pruebas que tengan relación única y exclusivamente con los hechos de la causa y no las que se contraigan a los elementos morales o jurídicos relativos a ellos» porque «según se expuso en sentencia (del Tribunal Supremo) de 7 de abril de 1902, recaída en causa por delito de estafa, respecto a la apreciación del engaño» estaba justificado el cuestionamiento por la vía del recurso de casación, *«supuesto que éste (el engaño) no es un hecho porque no pertenece a la esfera de los sucesos reales perceptibles por los sentidos, sino una mera deducción de carácter jurídico,* mediante la cual se puede llegar a la averiguación de si el agente, al ejecutar los hechos estimados como ciertos en la sentencia, procedió o no con ánimo doloso y con voluntad contraria a derecho, infiriendo lógicamente por los mismos datos de la sentencia lo que hubiera de simulación o fraude en los actos por aquél realizados, pues, de lo contrario, se desnaturalizarían los preceptos de la ley y se haría ineficaz, en muchos casos, el recurso de casación» (*Comentarios a la Ley de Enjuiciamiento Criminal,* Editorial Reus, Madrid, 2.ª ed. 1924, vol. V, pp. 558).

Ocurre, sin embargo, que el fin perseguido que en apariencia reforzaría las garantías del enjuiciamiento, impone un precio objetivamente intolerable desde el punto de vista epistemológico, porque esa concepción niega o cuestiona implícitamente, o cuando menos siembra una seria confusión, acerca de la existencia como tal de una dimensión central de la conducta humana; y la posibilidad de acceder a un conocimiento racional de la misma.

Es decir, siguiendo el razonamiento expresado en el fallo que se cita, el único aspecto del comportamiento del que podría predicarse la *existencia* o *inexistencia* real, y susceptible por tanto de recibir el calificativo de fáctico, sería el integrado por los actos exteriores, perceptibles u observables de modo sensorial directo[43]. Sólo esa dimensión del comportamiento podría ser tratada mediante proposiciones asertivas, es decir, aquéllas de las que cabe afirmar verdad o falsedad, porque sus referentes serían los únicos con posibilidades objetivas de tener o no tener existencia real.

Por contraste, la determinación del carácter intencional o no intencional de la acción o acciones a examen, el elemento subjetivo del delito, resultaría desplazado a un ámbito discursivo diferente, el de los «juicios de valor» («bueno»/ «malo», «bonito»/ «feo»), que en cambio son proposiciones carentes de referente empírico. Los mismos, se expresan en lenguaje preceptivo, mediante enunciados que como tales no pueden ser ni verdaderos ni falsos, porque no corresponden a ningún hecho o circunstancia susceptible de verificación. No tienen contenido informativo que pueda ser susceptible de prueba o refutación, sino como su propio nombre indica, contenido simplemente valorativo.

Es cierto, con todo, que en ocasiones puede darse una cierta contigüidad entre lo que son propiamente aserciones relativas a hechos psíquicos y lo que constituyen juicios de valor, en sentido propio, acerca de los mismos. Así, cuando a la afirmación de que concurrió un determinado ánimo, que como tal será una proposición de carácter asertivo, se la acompaña de otra relativa, por ejemplo, a la consideración del mismo como de una especial perversidad.

A este respecto, vale la pena recordar que, como ha escrito Ayer, al *valorar* una acción «no estoy haciendo ninguna más amplia declaración acerca de ella. Sólo estoy poniendo de manifiesto la desaprobación moral que me merece. Es como si dijese

---

[43] Cabe advertir en este punto de vista una clara expresión del que los autores han designado como «inductivismo ingenuo» (cfr. A.F. Chalmers, *¿Qué es esa cosa llamada ciencia?* Trad. de E. Pérez Sedeño y P. López Máñez, Siglo XXI Editores, pp. 12 y ss.).

"Usted robó ese dinero", con un especial tono de horror, o como si lo escribiese añadiendo determinados signos de exclamación. El tono de los signos de exclamación no añaden nada a la significación literal de la oración. Sólo sirven para demostrar que la expresión está acompañada de ciertos sentimientos del que habla»[44].

En consecuencia, visto el modo de operar de los «juicios de valor», no puede sostenerse, en el plano epistemológico, una diversidad de naturaleza entre la actividad cognoscitiva dirigida a establecer la existencia *física* de un determinado acto y la que tenga por objeto conocer la dimensión intencional del mismo, es decir, las caras *externa* e *interna* de un determinado comportamiento. Que el acceso a esta última pueda suponer un mayor grado de dificultad y que su determinación demande mayor cuidado o finura en la observación o en el análisis, no implica una distinta naturaleza de la actividad[45].

Podrá decirse que, más allá de lo afortunado o desafortunado de algunas formulaciones, sería impensable que, por su obviedad, la *existencia* como tal de los factores intencionales pudiera resultar desconocida y menos negada por la tesis jurisprudencial de referencia. Pero aun admitiendo que así fuera, no por ello dejaría de resultar pertinente la crítica. Cuando menos por dos razones fundamentales.

La primera es que al atribuir a aquellas determinaciones el carácter de «juicio de valor», se opera el desplazamiento de las mismas a un campo especialmente connotado por la subjetividad menos controlable. El juez no vendrá obligado a expresar que -y por qué infiere que- algo ha contado con existencia real como parte o forma de un comportamiento ajeno, sino tan sólo a afirmar y en el mejor de los casos razonar su particular convicción, el porqué de la *atribución* de una determinada condición, que como tal (parece que en esa concepción) carecería de propia *existencia* empírica. Como recuerda Castilla del Pino, al tratarse

---

[44] A. J. Ayer, *Lenguaje, verdad y lógica.* Trad. de M. Suárez, Ediciones Martínez Roca, Barcelona, 1971, pp. 124-125.

[45] «Decir que hay intencionalidad *en* la conducta es sugerir algo a la vez importante y que se presta con facilidad a equívocos. La formulación acierta al poner de relieve que la intencionalidad no es algo que queda "detrás" o "fuera" de la conducta. (...) Lo equívoco de la formulación reside en sugerir una "localización" de la intención, su confinamiento en un item de conducta determinado, como si se pudiera descubrir la intencionalidad mediante una inspección de movimientos. (...) La conducta adquiere su carácter intencional del hecho de ser *vista* por el propio agente o por un observador externo en una perspectiva más amplia, del hecho de hallarse *situada* en un contexto de objetivos y creencias». (G. H. von Wrigth, *Explicación y comprensión.* Trad. de L. Vega Reñón, Alianza Editorial, Madrid, 1980, p. 140).

de una estimación, «ésta ya no pertenece al objeto sino al sujeto de la proposición»[46].

La segunda es que se trata impropiamente como deducción a un razonamiento que no tiene ese carácter. Porque, en efecto, derivar de datos empíricos obtenidos mediante el análisis de los rasgos de un determinado comportamiento, que el mismo respondía a un cierto propósito: «la presencia en el agente de una determinada intención y (aun puede que) de una actitud cognoscitiva relativa a los medios conducentes al fin»[47], tiene la condición de una inferencia inductiva. Como se sabe, el razonamiento deductivo presupone la existencia de una ley de valor universal, que permite, mediante la subsunción en ella de un supuesto particular y si se observan determinadas reglas lógicas, llegar a una conclusión, que es verdadera si lo son las premisas. Algo que no sucede en el razonamiento inductivo, en el que falta ese presupuesto y cuya conclusión, al ir más allá de las premisas, propicia una diferente calidad de conocimiento.

Esto último, aparte de privar a un discurso institucional de tanto relieve del exigible rigor, produce confusión acerca, no sólo del carácter de algunos aspectos de la conducta humana, sino también -y quizá sobre todo- de la naturaleza, del grado o la calidad de conocimiento, que el juez puede llegar a obtener por la vía de los impropiamente caracterizados como «juicios de valor» que, es evidente, nunca pasará de ser conocimiento *probable* y no deductivamente cierto.

Este aspecto de la cuestión goza a mi juicio de un relieve que no cabe desconocer, por lo importante que resulta que el juez tenga plena constancia del rendimiento de los instrumentos que utiliza, de la relatividad de los resultados, y que asuma su función como lo que debe ser realmente: antes que nada, una indagación cuidadosa sobre la *existencia* o *inexistencia real* de determinados datos de experiencia, en lo que, como luego veremos, nunca podrá contar con el auxilio de tranquilizad oras leyes de validez universal capaces de dar a sus inferencias consistencia axiomática.

Beneytez Merino, que como ya se anticipó, es autor de un

---

[46] C. Castilla del Pino, *Introducción a la hermenéutica del lenguaje*. Península, 1972, p. 178.

Como dice el autor las proposiciones estimativas «desempeñan una función ostensiva, no respecto del referente u objeto externo, o supuestamente externo (...) sino del referidor o hablante. O de otra forma, son palabras que expresan respecto del sujeto hablante, lo sepa o no lo sepa él». Por contraste con la proposición indicativa que es «un juicio de hecho verdadero o falso». (En *op. cit.,* pp. 101 y 103).

[47] G. H. von Wrigth, *op. cit.,* p. 134.

encomiable esfuerzo -¿el primero?- de clarificación en este campo, ha sugerido designar a los aludidos supuestos «juicios de valor», *«juicios* de inferencia»[48]. Propuesta que ha tenido una acogida peculiar -acogida peculiar, porque ahora, con frecuencia, simplemente se escribe «los juicios de valor o juicios de inferencia»-, tanto en la propia jurisprudencia de la Sala Segunda, como por algunos autores, para seguir sosteniendo -bajo diferente etiqueta- la misma actitud metodológica que se ha criticado[49]. Pero, si se analiza el sentido de los términos, no parece que la opción sea en sí misma demasiado afortunada, como intento de descripción de la operación intelectual del juez que nos preocupa, puesto que *juicio* en este contexto es equivalente a «acto mental por medio del cual pensamos un enunciado»; o incluso «la afirmación o la negación de algo (de un predicado) con respecto a algo (un sujeto)»[50]. E *inferencia* no es sino «un proceso en el cual se llega a una proposición y se la afirma sobre la base de otra u otras proposiciones aceptadas como puntos de partida del proceso»[51]. Con lo que resulta que la expresión «juicio de inferencia» es anfibológica, puesto que podría designar lo mismo a la argumentación deductiva que a la inductiva, para significar algo tan impreciso e incluso tautológico como «juicio de razonamiento». Por ello, quizá sería lo más sencillo hablar simplemente de inferencia inductiva, porque cumple con la función descriptiva a que aspira todo acto de denotación; y porque no sugiere, como no debe sugerir, diferencia alguna de método en el modo de operar, por razón del objeto.

III. RECONSTRUCCIÓN JUDICIAL DE LOS HECHOS: MODELOS DE REFERENCIA

1. El historiador

La asimilación del trabajo del juez en la *quaestio facti* al del historiador, ha sido una

---

[48] En *op. cit.,* p. 14.

[49] Así, en el caso de J. M. Luzón Cuesta, *La presunción de inocencia ante la casación.* Colex, Madrid, 1991, pp. 23-24. Y también, por ejemplo en la sentencia de la Segunda de 18 de noviembre de 1991 (ponente De Vega Ruiz).

[50] La primera es la aceptación, de entre todas las posibles, por la que se decanta J. Ferrater Mora, que también relaciona, entre otras varias, la segunda que se recoge (en *op. cit.,* vol. II, pp. 1.821-1.822).

[51] Así, I. M. Copi, *Introducción a la lógica.* Trad. de N. Miguez, Eudeba, Buenos Aires, 1962, p. 20.

constante, a partir de un conocido trabajo

de Calamandrei[52]. Este autor señaló la existencia de importantes similitudes en el modo de proceder de ambos operadores: uno y otro estarían llamados a «indagar sobre los hechos del pasado y a declarar la verdad sobre los mismos» mediante «una obra de elección y construcción sobre "datos" preexistentes»[53]. Ahora bien, esta constatación no podía ocultar algunas diferencias de relieve. Entre ellas y, sobre todo, la determinada por la situación estatutaria de pasividad del juez, que es garantía de una «imparcialidad desapasionada» que nunca estará al alcance del historiador: éste elige el tema y «en la elección del tema está ya la confesión de una preferencia y en la formulación del problema se encuentra ya implícito el criterio de la solución»[54].

Por lo demás, sigue apuntando Calamandrei, mientras el juez tiene limitadas también normativamente las fuentes de conocimiento (es el caso, por ejemplo, de la «ciencia propia»), el historiador «no sabría resignarse nunca a cerrar los ojos a la verdad, únicamente porque el sendero que lo ha conducido hasta ella no esté indicado en los mapas oficiales»[55]. Además, en fin, donde éste último podría legítimamente expresar una actitud de incertidumbre, el juez estaría siempre obligado «a toda costa a llegar a una certeza oficial»[56].

También Calogero se ocupó de señalar la analogía de ambos modelos; incidiendo en una particularidad metodológica y es que: «como el historiador, también el juez se encuentra con el hecho no como una realidad ya existente, sino como algo a reconstruir»[57].

A pesar de lo sugestivo de la consideración comparativa, hay aspectos de la función del juez que condicionan desde fuera su forma de relación con los *hechos* y que no pueden dejar de apuntarse, aunque sea esquemáticamente. Nobili[58] se ha manifestado en ese sentido, haciendo hincapié, en primer lugar, en el carácter eminentemente práctico de la orientación del juez. En efecto, el interés que mueve su actuación no es puramente gnoseológico, en la medida en que la averiguación de la verdad tiene que

---

[52] P. Calamandrei, «El juez y el historiador», en *Estudios sobre el proceso civil.* Trad. de S. Sentís Melendo, Editorial Bibliográfica Argentina, Buenos Aires, 1961, pp. 107 y ss.

[53] En *op. cit.,* p. 107.

[54] En *op. cit.,* p. 112.

[55] En *op. cit.,* p. 114.

[56] En *op. cit.,* p. 116.

[57] G. Calogero, *La logica del giudice e il suo controllo in cassazione.* Cedam, Padua, 2.ª ed. 1964, p. 129.

[58] M. Nobili, *Il principio del libero convincimento del giudice.* Giuffrè, Milán, 1974, p. 49.

ver con la resolución de un conflicto. Por otro lado, esa búsqueda está también interferida por el momento normativo. Y esto no sólo porque tenga que conducirse por cauces más o menos predeterminados, como se ha visto, sino porque la cuestión sobre la que el juez está obligado a pronunciarse, incluso en su dimensión fáctica, suele estar profundamente teñida de aspectos de valor y la indagación judicial siempre se da en función de una hipótesis necesariamente normativa.

Con todo, este juego de búsqueda de analogías y matices diferenciales deja prácticamente intacto un aspecto de fondo que, en este caso, es el que más interesa. Lo ha puesto de manifiesto Taruffo, al decir que así no se obtiene «ninguna indicación en torno al procedimiento en el que la investigación se exterioriza, ni precisa las características de lo que es objeto de la misma, ni aclara en qué consisten los datos en que se funda». Y es que, por esa vía se da «sólo en apariencia una solución al problema del juicio de hecho, mientras en realidad no se analiza la estructura lógica del procedimiento»[59].

Ese paso lo ha dado recientemente Ferrajoli[60]. Este autor comparte el ya aludido clásico punto de vista de que el juez tiene que vérselas con una forma particular de verdad *histórica,* puesto que no está a su alcance la observación directa de las conductas objeto de enjuiciamiento. Pero, señala, la investigación judicial «no consiste sólo en la recogida de datos y piezas de convicción, sino sobre todo en experimentar y producir *nuevas* fuentes de prueba»; de manera que «lo que el juez experimenta no son los hechos delictivos objeto del juicio, sino sus pruebas».

Ello, es decir, el intento de determinación de los hechos«probados» del pasado, a través del análisis de hechos «probatorios» del presente, confiere a la actividad las características de la inferencia inductiva.

Ahora bien, una inferencia inductiva peculiar en determinados aspectos, de los que algunos ya han quedado señalados. Y que cuenta además con otro relevante elemento diferencial y es que en la inferencia inductiva que realiza el juez cobra un valor esencial de signo positivo la falacia del *argumentum ad ignorantiam,* que se comete «cuando se sostiene que una proposición es verdadera simplemente sobre la base de que no se ha demostrado su falsedad (...) y que es falaz en todos los contextos excepto en uno: la corte

[59] M. Taruffo, «II giudice e lo storico: considerazioni metodologiche», en *Rivista di Diritto Processuale,* 1967, p. 445.

[60] En *op. cit.,* pp. 25-26.

de justicia»[61]. Es el principio de presunción de inocencia, al que ya aludió Calamandrei, al caracterizar al *in dubio pro reo* como instrumento preclusivo de la perplejidad del juez[62], que juega ahora un papel central en la epistemología judicial, en la que no se limita a operar como regla de juicio, sino como verdadero eje del sistema.

2. El detective

La búsqueda de puntos de referencia metodológicos que puedan ser analógicamente explicativos de la naturaleza del trabajo del juez en materia de hechos, no se ha detenido en su asimilación al historiador.

Como es bien sabido, la investigación judicial parte de la constatación empírica de que se ha producido un determinado resultado. Un resultado anómalo, es decir, que rompe la normalidad. Desde esa evidencia primaria, llevada al juez habitualmente con un conjunto de otros datos, éste tratará de reconstruir *el caso* en la totalidad de sus elementos integrantes.

Este modo de proceder a partir de *indicios*[63], guarda relación con el modelo de la semiótica médica (donde el «indicio» es el «síntoma»), pero presenta también una cierta homología con el «razonar hacia atrás» de Sherlock Holmes.

Por eso, no tiene nada de extraño que filósofos y semiólogos se hayan ocupado del método de investigación criminal del personaje de Doyle con profundo interés[64]; creyendo haber encontrado en él una expresión del pensamiento de Ch. S. Peirce acerca de la hipótesis o abducción[65].

Más recientemente Fassone[66], siguiendo las observaciones de

---

[61] Cfr. I. M. Copi, *op. cit.,* p. 65.

[62] En *op. cit.,* p. 116.

[63] Indicio: «Cualquier cosa que indica la posibilidad de que haya existido, exista, haya ocurrido o vaya a ocurrir cierta cosa» (M. Moliner, *Diccionario de uso del español*. Gredos, Madrid, 1977).

[64] *Il segno dei tre. Holmes, Dupin, Peirce.* U. Eco y T. A. Sebeok (eds.), Bompiani, Milán, 1983, (hay traducción castellana de E. Busquets, Lumen, Barcelona, 1989), es un buen ejemplo.

Puede verse asimismo T. A. Sebeok y J. Umiker-Sebeok, *Sherlock Holmes y Charles S. Peirce. El método de investigación.* Trad. L. Güell, revisión de J. M. Pérez Tornero, Ediciones Paidos, Barcelona, 1987. (Este libro contiene en realidad lo que es el trabajo inicial de los reunidos en el anterior).

[65] Cfr. la voz «Abducción», en J. Ferrater Mora, *op. cit.,* I, pp. 12-14.

[66] En *op. cit.*

Eco[67] sobre el particular, ha llevado directamente el punto de vista de Peirce al terreno de la reflexión sobre la prueba judicial.

En este planteamiento, el juez opera en su averiguación a partir del conocimiento del resultado y de una *regla* que actúan como premisas.

Ahora bien, tal *regla* no es equivalente a la ley general del razonamiento deductivo. Ésta se halla bien determinada y contiene en sí misma toda la información relevante; así, operar la subsunción del caso concreto es una simple *aplicación,* «una mera explicitación del contenido semántico de las premisas»[68] que, si se hace con el necesario rigor formal, garantiza la validez del resultado. Pero no produce aumento de saber empírico, es decir, no permite ir hacia adelante en el conocimiento, descubrir algo nuevo.

La abducción se caracteriza, en cambio, porque ella «mira a encontrar, junto al caso, también la regla»[69]. Ésta puede ser de más o menos fácil localización, pero nunca susceptible de simple *aplicación* con la garantía del resultado que cabe esperar en el caso de la deducción. Aquí el valor de verdad no está plenamente garantizado por la validez de las premisas, por eso existe un riesgo.

En resumen, en el razonamiento deductivo, como se sabe, se dispone de una premisa mayor, que es una regla a cuya naturaleza ya se ha aludido; y de una premisa menor, a partir de las cuales se obtiene una conclusión en la forma también expuesta.

En la abducción, lo primero que se conoce es la conclusión (Fulano ha sido hallado con un cuchillo clavado en el corazón), que es justamente el punto de arranque del razonamiento. Se tiene o se puede llegar, además, al conocimiento de ciertas reglas (máximas de experiencia) -sobre cuyas particularidades se hablará más adelante- que pueden hallarse más o menos codificadas, ser más o menos precisas, más o menos experimentadas, de mayor o menor nivel de generalidad. Pero de su aplicación, una vez identificadas, no se deriva una conclusión necesariamente válida, sino sólo probable.

Porque, en suma, como escribió Peirce, mientras «la deducción prueba que algo *tiene que ser* (...), la abducción sugiere meramente que algo *puede serlo*.[70] En nuestro caso,

---

[67] U. Eco, «Corna, zoccoli, scarpe. Alcune ipotesi su tre tipi di abduzione», en E. Eco y T. A. Sebeok (eds.), *cit.,* pp. 237 y ss.

[68] M. A. Bonfantini y G. Proni, «To guess or not to guess?», en U. Eco y T. A. Sebeok (eds.), *cit.,* p. 152.

[69] U. Eco, en *op. cit.,* p. 244.

[70] Ch. S. Peirce, *El hombre un signo. (El pragmatismo de Peirce)*. Traducción, introducción y notas de J. Vericat, Editorial Crítica, Barcelona, 1988, p. 136.

una relación *histórica,*

puesto que está referida a un momento pasado, y es la que se trata de establecer, entre un hecho y el acto causal.

Buscando precisar la diferencia entre la inducción y la abducción, el propio Peirce añadía que una y otra, naturalmente «conducen a aceptar una hipótesis en cuanto los hechos observados aparecen como consecuencias necesarias o probables de tales hipótesis», pero «la abducción toma su punto de partida de los hechos, sin tener, al principio, a la vista alguna particular teoría, aunque se encuentre motivada por la sensación de que se requiere una teoría para explicar hechos sorprendentes. La inducción parte de una hipótesis que parece sugestiva sin tener al inicio algún hecho en particular a la vista, aunque se tenga la sensación de la necesidad de hechos para sostener una teoría. La abducción busca una teoría. La inducción busca hechos. En la abducción la consideración de los hechos sugiere la hipótesis. En la inducción el estudio de la hipótesis sugiere los experimentos que hacen la luz sobre los hechos auténticos a los que la hipótesis se refiere»[71].

De esta cita de Peirce puede extraerse una conclusión elemental, que en ningún caso sería polémica: cualquiera que fuera la relación que llegue a establecerse entre inducción y abducción, ambas serían siempre formas de inferencia ajenas al modelo deductivo, es decir, sintéticas, cuyo resultado es innovador con respecto al contenido de las premisas y, por eso, siempre arriesgado.

Por otra parte, el drástico criterio de demarcación de que Peirce hace uso para distinguir entre ambos modelos, en función del punto de partida (hipótesis/ hecho) y del objetivo (hechos/ teoría), ha sido seriamente cuestionado[72].

En fin, y para lo que aquí interesa, importa señalar que en el caso del juez del enjuiciamiento, es cierto que su inferencia lleva de un caso particular a un caso particular, de un hecho a otro hecho. Pero, en el punto de partida, existe ya una hipótesis (la hipótesis acusatoria) que avanza una propuesta de interpretación

---

[71] Ch. S. Peirce, cit. por T. A. Sebeok y J. Umiker-Sebeok, «"Voi conoscete il mio metodo": un confronto fra Charles S. Peirce e Sherlock Holmes», en U. Eco y T. A. Sebeok, *Il segno dei tre, cit.,* p. 44.

[72] Así, por ejemplo, N. R. Hanson: «Muchos rasgos de la resolución de problemas reales por parte de la gente ordinaria y de los científicos ordinarios, exige la comprensión de los *criterios* en virtud de los cuales pueden distinguirse las *buenas* razones de las *malas* razones. Mucho antes de que un investigador haya acabado su investigación, haya solucionado su problema y haya escrito finalmente su informe de investigación, debe haber habido muchas ocasiones en las que se ha visto forzado a usar su cabeza, a invocar su razón, y a decidir entre las especulaciones que parecían potencialmente fructíferas y las que no lo parecían» (en *op. cit.,* p. 52).

del hecho motivador de la apertura del proceso. Y, desde luego, la indagación judicial no lleva a la construcción de teorías.

De este modo, cabe concluir con Besso Marcheis que «el razonamiento abductivo puede proponerse como un modelo útil de descripción de momentos diversos y anteriores respecto al de la valoración de las pruebas y resulta, así, de utilidad bastante limitada a los fines de nuestro discurso»[73]. Por eso, y como enseguida se expone, siguiendo a Ferrajoli, parece que se puede dar cuenta de la estructura del operar judicial acudiendo al modelo inductivo.

IV. CONVICCIÓN LIBRE DEL JUEZ: DE INSPIRACIÓN A INDUCCIÓN

1. Intime conviction

Desde que a partir del siglo XIII «la *aritmética de las pruebas* sustituyó al razonamiento»[74], el sistema de la prueba legal aparece unido a la experiencia del proceso inquisitivo.

Como se sabe, la teoría de la prueba legal guarda íntima relación con la figura de un juez estrechamente vinculado al poder que hoy diríamos ejecutivo, y a una concepción fuertemente autoritaria del proceso, concebido a su vez como instrumento capaz de procurar una verdad no *probable,* sino *real* sobre los hechos, apta para justificar incluso el recurso al tormento[75]. Por eso, sin perjuicio de cualquier otro tipo de consideraciones que al respecto pudieran hacerse, conviene no perder de vista la idea apuntada por Giuliani de que «el problema de la tortura fue un problema de lógica»[76]. Es decir, una cuestión instrumental, de manera que si el proceso estaba preordenado a la obtención de una verdad absoluta, ésta, como fin, podría justificar el empleo de cualquier medio.

---

[73] C. Besso Marcheis, «Probabilità e prova: considerazioni sulla struttura del giudizio di fatto», en *Rivista Trimestrale di Diritto e Procedura Civile,* n. 4, 1991, p. 1.138.

[74] A. Giuliani, *Il concetto di prova. Contributo alla logica giuridica.* Giuffrè, Milán, 1971, p. 184.

[75] F. Cordero sitúa en el sustrato cultural del modelo inquisitivo la convicción de que «el Mal existe, anida por todas partes con temibles quintas columnas, y, puesto que el inquisidor lo combate, todo proceso es una diablomaquia». (De *«Stilus curiae* (analisi della sentenza penale)», en *La sentenza in Europa. Metodo, tecnica e stile* (Atti del Convegno internazionale per l'inaugurazione della nuova sede della Facoltà, Ferrara, 10-12 ottobre 1985), Cedam, Padua, 1988, p. 297.

[76] En *op. cit.,* p. 185.

En tal perspectiva, el criterio de la prueba tasada, al establecer «ciertas bases de prueba que la experiencia de mucho tiempo ha acreditado como orígenes los más seguros de certeza»[77] respondía, formalmente al propósito de limitar el arbitrio del juez, que, dotado de una libertad extrema en la indagación, quedaría, no obstante, constreñido en sus apreciaciones a la predeterminación normativa del valor de las adquisiciones probatorias[78].

No obstante este punto de partida, lo cierto es que el modelo, como no podía ser menos, dio lugar a unas prácticas[79] que condujeron «a la quiebra del sistema, tanto desde el punto de vista gnoseológico como moral[80].

Bien reveladoras al respecto son las palabras de Voltaire, en su comentario al libro de Beccaria, al denunciar la admisión de «medias pruebas que no son en realidad más que dudas, pues es sabido que no existen medias verdades; pero en Toulouse se admiten las cuartas y octavas partes de prueba. Por ejemplo, un *he oído decir,* puede ser considerado como un cuarto de prueba, y otro *he oído decir* un poco más vago, como una octava parte;

---

[77] C. J. A. Mittermaier, *Tratado de la prueba en materia criminal,* sin ref. de trad. Imprenta de la Revista de Legislación, Madrid, 1877, p. 30.

[78] La pretensión, implícita en el sistema de la prueba legal, de sujetar al juez en su valoración a reglas de carácter supuestamente universal, dotadas de un, también supuesto, valor probatorio pleno, daba al modelo de razonamiento empleado, como ha señalado Ferrajoli, una falaz estructura deductiva y por ello, una «aparente racionalidad», no obstante lo cual el esquema lógico subyacente es el mismo que «está en la base de las *pruebas irracionales* de tipo mágico y arcaico: la ordalía, el duelo judicial, el juramento, la adivinación». (*Op. cit.,* pp. 113-114).

No veo contradicción entre este punto de vista y el de Tomás y Valiente al aceptar que «tal vez» la tortura pudo significar «algo más racional que las ordalías» puesto que «fue un elemento probatorio jurídicamente regulado dentro de un proceso (de un proceso predominante o enteramente inquisitivo), y por tanto superador del anterior par de fuerzas ofensa-venganza». (En *La tortura en España, cit.,* p. 214).

En efecto, mientras la reflexión de Ferrajoli alude a una racionalidad *epistemológica,* la de Tomás y Valiente lo hace a una de tipo más bien *empírico.* Como cuando G. Amato, a propósito del mismo asunto, ve en la tortura medieval un tormento *con garantías,* que se pierden en la tortura renacentista. *(Individuo e autorità nella disciplina della libertà personale.* Giuffrè, Milán, 1970, pp. 96-97).

[79] Sobre las prácticas del sistema ilustran muy bien: P. Verri, *Observaciones sobre la tortura.* Traducción, prólogo y notas de M. De Rivacoba, Ediciones Depalma, Buenos Aires, 1977; y A. Manzoni, *Historia de la columna infame.* (Con nota de L. Sciascia), trad. de E. Gallego, Alianza Editorial, Madrid, 1987. Acerca de la experiencia española al respecto, cfr. F. Tomás y Valiente, *El derecho penal de la monarquía absoluta (siglos XVI-XVII-XVIII*), Tecnos. Madrid, 1969, pp. 171 y ss.; y *La tortura en España,* Ariel, Barcelona, 1973.

[80] M. Nobili, *op. cit.,* p. 112.

de modo que ocho rumores que no son en realidad más que el eco de un rumor mal fundado, pueden componer una prueba completa...»[81].

Lo cierto es que la prueba legal experimentó las mismas vicisitudes que el proceso inquisitivo en su conjunto, a expensas sobre todo de la oposición que al mismo se hace desde los presupuestos político-filosóficos de la ilustración[82].

Entre éstos se cuenta la renovada confianza en la razón, que lleva a una revalorización del «sentido común»[83], y a que se ponga la vista en los jurados populares, opción a la que no es ajena una cierta influencia de la experiencia procesal inglesa. Esta tendencia, que tiene clara expresión en obras como la de Filangieri[84] y Bentham[85], entre otros, cristaliza de forma paradigmática en la obra de la Asamblea Constituyente francesa.

La finalidad y el alcance de este trabajo obligan a pasar por alto las vicisitudes del principio de la *intime conviction;* particularmente aquéllas que, desplazándolo de sus raíces originales, dan razón de su definitiva inserción en el modo de operar de las magistraturas profesionales. En su virtud, el juzgador en el marco del juego del principio de legalidad aparecerá facultado para valorar libremente las pruebas practicadas, según su conciencia.

A partir de ese momento, el principio, tanto en alguna teorización doctrinal como, sobre todo, en la práctica, apareció extraordinariamente teñido de subjetivismo, cual si el ejercicio de esa libertad de apreciación de datos probatorios en un contexto

---

[81] Voltaire, «Comentario al libro de los delitos y de las penas», en apéndice a C. Beccaria, *De los delitos y de las penas.* Trad. J. A. De las Casas, Alianza Editorial, Madrid, 1968, p. 158.

[82] Aunque la obligación de motivar las resoluciones judiciales fue una exigencia estimulada y favorecida por la cultura jurídica de la ilustración, ésta, sin embargo, no se manifiesta de manera unívoca en la materia. Así, la consideración del juez como *bouche de la loi,* no deja prácticamente espacio para la motivación en la cuestión de hecho, puesto que conceptualmente elimina cualquier libertad del juzgador. Sobre este asunto, puede consultarse con provecho M. Taruffo, «L'obbligo di motivazione della sentenza civile tra diritto comune e illuminismo», en *Rivista di Diritto Processuale,* 1974, pp. 18 y ss.

[83] Cfr. al respecto M. Nobili, *op. cit.,* pp.131 y ss.

[84] C. Filangieri, *Ciencia de la legislación.* Trad. de J. Ribera, Imprenta de D. Fermón Villalpando, Madrid, 1821, vol. III, pp. 154 y ss. No obstante, hay que señalar que Filangieri se muestra partidario de «combinar la certeza moral del juez con la norma prescrita por el legislador, esto es, con el *criterio legal»* (p. 155).

[85] «¿Qué es una regla falsa en materia de procedimiento? Es una regla que tiende a poner en contradicción la decisión del juez y la ley; que constriñe al juez a pronunciarse en contra de su íntima persuasión» (J. Bentham, *Tratado de las pruebas judiciales.* Trad. de M. Ossorio Florit, Ejea, Buenos Aires, 1959, vol. I, p. 12).

legal fuera, más que actividad racional, una especie de momento místico[86] y, en cuanto tal, incontrolable. Así, entre nosotros, un comentarista tan autorizado como Aguilera de Paz interpretará el art. 741 de la Ley de Enjuiciamiento Criminal como la atribución al juez de un cometido que debe desempeñar «respondiendo a los dictados de la conciencia según las inspiraciones de su propio juicio acerca de la verdad de los hechos rectamente apreciados»[87].

El riesgo de tal degradación del principio no pasó desapercibido a Carrara, quien ya advirtió que «respecto al juicio acerca del *hecho,* el juez no tiene verdadero arbitrio, ni siquiera cuando se acepta su convicción íntima, pues siempre debe convencerse según la razón y según el proceso[88].

Que el juez no puede ser libre *de la* prueba[89], es algo que, así formulado, no discutiría ni el más entusiasta de los defensores del principio que nos ocupa entendido *sub specie* del subjetivismo más extremo. Sin embargo, lo cierto es que, al postular un tipo de relación del juez con el resultado de la actividad probatoria, del género del que subyace al punto de vista doctrinal aludido y que cabe rastrear también en no pocas manifestaciones jurisprudenciales[90], se está implícitamente apostando por una *libertad* para el juzgador que no conoce ni siquiera aquel límite.

---

[86] Cordero, con palabras que ya son, por su expresividad, un obligado lugar común en la materia, se referirá críticamente «a la imagen del libre convencimiento como de una voraz potencia superlógica». Para afirmar su oposición a que «la libre convicción sea una suerte de potencia dionisíaca de la que no se pueda hablar sino en los términos alusivos con que la bacante hablaba del dios; que el intelecto no sea omnipotente no es un buen motivo para renunciar a usarlo donde podría ahora iluminarnos» (F. Cordero, *Ideologie del processo penale*. Giuffrè, Milán, 1966, pp. 229-230).

[87] En *op. cit.,* vol. V, p. 560. «El legislador ha dejado en absoluto a la conciencia del juzgador la apreciación de las pruebas» (p. 558).

[88] F. Carrara, *Programa de derecho criminal.* Trad. de J. J. Ortega Torres y J. Guerrero, Editorial Temis, Bogotá, 1957, vol. II, p. 356.

[89] Tomo la expresión de G. Bettiol, *Istituzioni di diritto e procedura penale*. Cedam, Padua 1966, p. 203. (Hay traducción castellana, de Gutiérrez-Alviz y Conradi, Reus, Madrid).

La misma idea puede verse expresada en la sentencia de la Sala Segunda del Tribunal Supremo (Huet García, 7 de junio de 1991):«valoración de la prueba en conciencia o íntima convicción del juzgador quiere decir, sin duda, libertad de apreciación de la prueba, pero no prescindir de la misma ni de su análisis...». Aunque no podría afirmarse que la Sala Segunda sea consecuente en la exigencia del contenido de la última afirmación, puesto que es, como regla, francamente tolerante con la omisión del análisis de la prueba en las sentencias de que conoce.

[90] Críticamente, sobre la incidencia de esta actitud en la jurisprudencia de nuestro país de los años 30 a 50 de este siglo, cfr. J. M. Martínez Pereda, «El

En efecto, no basta la afirmación ritual de la vinculación del juez a las aportaciones probatorias. La propia experiencia histórica en la materia no podía ser más elocuente acerca de los límites de la capacidad efectivamente ordenadora de la norma, una vez acreditadas las vicisitudes del propio sistema de la prueba legal.

Esta evidencia, y puesto que la actividad valorativa del juez no puede darse sin un soporte de conocimiento previo racionalmente obtenido y que -en la moderna disciplina constitucional del proceso- ha de ser, además, motivado *erga omnes,* hace que, como lúcidamente apuntó Nobili, el nudo de la cuestión relativa a «la validez de las nuevas reglas» tenga que desplazarse del campo «de la *imperatividad de la norma jurídica»* al de la *«fundamentación y eficacia científica»*[91].

2. La inferencia inductiva del juez

La representación ideal del modo de razonar del juez como un silogismo, que tiene en la conocidísima formulación de Beccaria[92], su expresión más acabada, aunque sigue formando parte del bagaje cultural de no pocos profesionales del derecho[93], ha sido eficazmente cuestionada en su capacidad descriptiva[94].

---

convencimiento judicial en el proceso penal español», *Revista de derecho judicial,* n, 13, 1963, pp. 42-43.

[91] En *op. cit.,* p. 196.

[92] «En todo delito debe hacerse por el juez un silogismo perfecto. Podrase como mayor la ley general, por menor la acción conforme o no con la ley, de que se inferirá por consecuencia la libertad o la pena» (C. Beccaria, *op. cit.,* p. 31).

Del grado de aceptación de este punto de vista da cuenta su aceptación por procesalistas de tanto relieve corno Carnelutti (cfr. *La prueba civil.* Trad. de Alcalá-Zamora y Castillo, Ediciones Depalma, Buenos Aires, 1982, pp. 62-63).

[93] Para muestra un botón, en una sentencia reciente de la Sala Segunda del Tribunal Supremo (Moner, 10 de enero de 1992) puede leerse: «...dentro del silogismo que entraña la sentencia...».

[94] En esta línea vale la pena dejar constancia aquí del punto de vista de Taruffo: «Hablar de función ideológica de la teoría silogística del juicio significa poner en evidencia que ésta tiende a acreditar una determinada imagen del juez, más que del juicio, destinada no tanto a delinear una realidad concreta, como a indicar cuál debería ser tal realidad. En efecto, la doctrina del silogismo judicial, más que describir el juicio, construye un modelo abstracto e ideal de juicio: se plantea una situación en la que la norma es un dato preexistente, en un ordenamiento positivo completo y sistematizado, cuya interpretación en vista de la aplicación al caso concreto consiste en una actividad esencialmente cognoscitiva de carácter sistemático. Se presupone además que una actividad de este género es en todo caso necesaria y suficiente, sin que deban intervenir operaciones y apreciaciones no reducibles dentro del módulo del polisilogismo» (En *La motivazione, cit.,* pp. 163-164).

Sin embargo, creo que en ningún caso se había hecho con el rigor con que Ferrajoli ha llevado a término la, seguramente, más acabada tarea de crítica y propuesta de un modelo alternativo de comprensión del modo de operar jurisdiccional.

A su juicio[95], ninguna de las dos operaciones mediante las que se obtiene la verdad procesal responde al esquema del silogismo: ni la inducción representada por la prueba de los hechos, ni la deducción en que consiste la calificación jurídica de los mismos tienen la forma de las *proposiciones normativas,* sino de *proposiciones asertivas,* es decir, relativas a la existencia o inexistencia de determinados hechos y preceptos legales. En uno y otro caso se tratará de enunciados de los que puede predicarse verdad o falsedad.

Frente a lo sostenido por Beccaria, Ferrajoli ve en el *modus operandi* del juez no una inferencia, sino tres: una inferencia *inductiva,* que tiene como premisas el resultado de la actividad probatoria y permite afirmar, por ejemplo, que Fulano ha causado la muerte de Mengano; una inferencia *deductiva,* que tiene como premisa la anterior afirmación de hecho y un precepto, en este caso del C. Penal, y permite afirmar, como conclusión, que Fulano ha cometido un delito de homicidio; y un *silogismo práctico,* que integra la parte dispositiva, cuyas premisas son normativas (Fulano ha cometido un homicidio; al homicidio corresponde tal pena) y cuya conclusión es también una norma para el caso concreto: Fulano debe ser condenado a tal pena.

Así resulta que el lugar del silogismo de Beccaria ha sido ocupado por dos silogismos de carácter teórico y un silogismo práctico o deóntico.

Acoger metodológicamente el carácter de inferencia inductiva de la averiguación de los hechos, supone a la vez asumir algo que, no obstante su aparente obviedad, tiene una relevancia que no debe desconocerse. Me refiero al dato de que con ello se sitúa reflexivamente el quehacer cognoscitivo del juez respecto de los hechos en el ámbito de las *explicaciones probabilísticas,* que son las que permiten afirmar algo, pero solo, y si la derivación es correcta, «con un alto grado de probabilidad, y quizá con "certeza práctica"»[96].

Entre nosotros se cuestiona ya la concepción silogística, por ejemplo, en M. Fenech, *Derecho procesal penal.* Labor, Barcelona, 2.ª ed. 1952, vol. 22, p. 237.

Más recientemente, sobre los límites de la categoría referida a la decisión judicial, lo ha hecho M. Atienza, *op. cit.,* pp. 39 y ss.

[95] Lo que sigue se funda en L. Ferrajoli, *op. cit.,* pp. 38 y ss. y 107 y ss.

[96] C. G. Hempel, *Filosofía de la ciencia natural.* Trad. de A. Deaño, Alianza Editorial, Madrid, 1973, p. 93.

De ello se sigue una consecuencia que no debe perderse de vista: probabilidad implica un margen de incertidumbre y de libertad de elección entre opciones; cuando ésta conduce a decisiones que afectan a bienes personales extraordinariamente sensibles, la incertidumbre implica a su vez una forma de *poder*. Un poder que, como inevitablemente discrecional en algún grado, nunca será del todo controlable[97].

Así las cosas, y para que esos márgenes de incertidumbre puedan verse reducidos tanto como sea posible, es fundamental que la inferencia judicial tenga siempre un referente empírico bien identificable[98], que haga posible afirmar con rigor si las proposiciones relativas a él son verdaderas o falsas, evitando que bajo la apariencia de enunciados descriptivos se formulen sólo juicios de valor[99].

La inferencia judicial tiene su punto de partida en un acaecimiento humano que rompe de algún modo la normalidad, de forma que interesa al ordenamiento penal. Ello da lugar a la formulación de una *hipótesis* acusatoria, que como cualquier hipótesis es un «enunciado sometido a contrastación»[100].

Contrastar una hipótesis es, como se sabe, poner a prueba su valor explicativo, en este supuesto, del caso a examen. Tratándose

---

[97] Hay en nuestra cultura procesal una marcada inclinación a atribuir a los juicios de hecho naturaleza deductiva (cfr. de la Sala Segunda sentencias de: Puerta Luis, 27 de mayo de 1991; Soto Nieto, 17 de junio de 1991; Huerta Álvarez de Lara, 29 de junio de 1991; Montero Fernández-Cid, 12 de julio de 1991; Ruiz Vadillo, 4 de septiembre de 1991); en lo que no parece arriesgado ver una resistencia implícita a aceptar que el conocimiento del juez en la materia no es el *conocimiento en sentido fuerte* que tradicionalmente se ha asimilado a la lógica deductiva. A ello responde la que Taruffo ha llamado «"juridización" del juicio de hecho, que así resulta en buena medida reabsorbido en el ordenamiento como sistema completo y cerrado de criterios de decisión» (en *La motivazione, cit.,* p. 164, nota).

[98] Es evidente que esta exigencia tiene que hallarse previamente satisfecha en la ley, mediante la efectividad del principio de *«estricta* legalidad». Éste (frente al de *«mera* legalidad», que va dirigido al juez y le impone la observancia de lo dispuesto en la ley) «se dirige al legislador, al que prescribe la taxatividad y determinación empírica de las formulaciones legales». Porque, «sólo cuando están dotadas de precisas referencias empíricas y fácticas, las definiciones legales de las hipótesis de desviación son adecuadas para determinar de manera tendencialmente exclusiva y exhaustiva su campo de aplicación» (L. Ferrajoli, *op. cit.,* p. 7).

[99] Naturalmente, no se pretende expulsar los juicios de valor de una actividad como la judicial, en la que el momento valorativo ocupa un lugar fundamental. Se postula sin embargo un esfuerzo, una tensión -como actitud metodológica- orientada a que el juez opere con ellos de forma consciente y en el momento en que ha de hacerlo.

[100] C. G. Hempel, *op. cit.,* p. 38.

del enjuiciamiento, ello se hace mediante el desarrollo de la actividad probatoria[101].

Para que la hipótesis acusatoria pueda considerarse válida, se precisa una pluralidad de confirmaciones. La fecundidad de una hipótesis requiere que la misma sea confirmada por más de un hecho. (El único hecho de haber estado Fulano en el lugar del crimen no lo acredita, sin más, como autor del mismo).

Es preciso asimismo que la hipótesis sea resistente a las contrapruebas aportadas por la defensa. Una sola contraprueba eficaz basta para desvirtuar una hipótesis: si la coartada es verdadera la hipótesis es falsa.

Tienen que resultar también desvirtuadas todas las hipótesis alternativas.

En todo este proceso, deben de tenerse en cuenta algunas indicaciones. Así, cuanto mayor es la distancia y por tanto mayor es el número de inferencias que han sido necesarias para derivar de los hechos probatorios el *thema probandi,* menor es el grado de probabilidad de la inducción probatoria.

Prueban más las pruebas que son más ricas en contenido empírico. Por eso si concurren varias hipótesis alternativas, se ha de optar por la más simple[102].

Cuando al final de ese proceso de conocimiento el juez aventura unos hechos como probados, habrá formulado a su vez una hipótesis acerca de la forma en que los mismos tuvieron lugar. Una hipótesis probabilística, como consecuencia de que en la inferencia inductiva la conclusión va más allá de las premisas, aporta algo que no está contenido necesariamente en éstas y supone, en esa medida, un cierto salto hacia adelante.

Esto es lo que da un sentido también epistemológico[103] a la

---

[101] Ferrajoli propone «llamar *prueba* al hecho probatorio experimentado en el presente del que se infiere el delito u otro hecho del pasado, e *indicio* al hecho probado del pasado del que se infiere el delito u otro hecho del pasado que tenga a su vez el valor de un indicio».

El modelo, ilustra Ferrajoli, funciona así: Fulano testifica que ha visto a Mengano salir de casa de Perengano con un cuchillo ensangrentado en la mano, poco antes de que éste fuese hallado muerto de una cuchillada. Pues bien, tal afirmación es *prueba,* más o menos probable, según la sinceridad de Fulano, del hecho de que él ha visto a Mengano... Este segundo hecho es, en cambio, sólo un *indicio,* a su vez más o menos probable, según el crédito que se dé a la vista de Fulano, de que Mengano ha salido realmente de la casa de Perengano en las circunstancias que se ha dicho. Este tercer hecho es, a su vez, un *indicio,* más o menos probable según la plausibilidad de los nexos causales establecidos por nosotros, de que Mengano ha matado a Perengano. *(Op. cit.,* pp. 108-109).

[102] Cfr. C. G. Hempel, *op. cit.,* pp. 67 y ss.

[103] «Las garantías penales y procesales, además de *garantías de libertad,* son

existencia de las garantías procesales, que configuran un marco *normativo,* regido por el principio de presunción de inocencia, en el que la inducción judicial ha de desenvolverse. Pero que en ningún caso altera la naturaleza *probable* del conocimiento adquirido por ese medio.

Ferrajoli se muestra partidario de acudir al esquema nomológico-deductivo[104], como medio de acreditar, de evaluar, la consistencia de la inferencia inductiva del juez. Esto permitiría alcanzar una justificación relativa, al permitir identificar los *criterios de decisión*.

Como se ha visto, la inferencia inductiva permite ir del *thema probandi* descrito en la hipótesis acusatoria a los hechos *probatorios* que son su explicación. Ahora bien, una vez realizada aquélla, puede dársele la vuelta, puede invertirse su curso, tratándola como si fuera una inferencia deductiva.

En ésta los hechos probatorios constituirán una primera premisa que, puesta en relación con otra: alguna(s) ley(es) o generalización(es) empírica(s) comúnmente aceptada(s) -*máximas de experiencia* en terminología procesal-, permitirá tener como probado el hecho de que se trata. O pondrá de manifiesto que no se procedió correctamente en la inferencia previa[105].

Esta ulterior manera de operar es evidente que no convierte lo obtenido a través de ella en conocimiento deductivo, puesto que no altera el proceso cognoscitivo como tal[106]. No cambia por

---

también *garantías de verdad;* (porque) "saber" y "poder concurren de manera diversa en el juicio, según que las mismas sean más o menos realizables y satisfechas» (L. Ferrajoli, *op. cit.,* p. 19).

[104] Precisa su propuesta en *op. cit.,* pp. 120-123. Sobre el modelo de explicación nomológica-deductiva, cfr. C. G. Hempel, *op. cit.,* pp. 79 y ss.; y J. Echevarría, *op. cit.,* p. 55.

[105] Una aproximación intuitiva a la elaborada propuesta de Ferrajoli, puede verse en G. Walter, cuando exige del juez una forma de apreciación y de expresión de la apreciación de la prueba «que sea repetible mentalmente». (En *Libre apreciación de la prueba. Investigación acerca del significado, las condiciones y los límites del libre convencimiento judicial.* Trad. de T. Banzhaf, Temis, Bogotá, 1985, p. 359.

[106] Como escribe Letizia Gianformaggio, a diferencia de lo que sucede en el razonamiento deductivo, en el inductivo «la mera enunciación de la premisa, o eventualmente de las premisas, no es suficiente para probar de manera rigurosa alguna conclusión. Se sabe bien que una inferencia inductiva debe probarse, y la prueba viene dada por un elemento extraño al razonamiento». («Modelli di ragionamento giuridico. Modello deduttivo, modello induttivo, modello retorico», en U. Scarpelli (ed.), *La teoria generale del diritto. Problemi e tendenze attuali. Siudi dedicati a Norberto Bobbio.* Edizioni di Comunità, Milán, 1983, p. 144). Y es evidente que ese paradigma no se altera por la *inversión* nomológica-deductiva de un previo razonamiento inductivo.

tanto la naturaleza probabilística del conocimiento adquirido, pero tiene indudables ventajas, desde el punto de vista del *control de la calidad* del curso argumental del juez: por un lado le obliga a ordenar el material probatorio ya contrastado, a verificar la forma en que lo ha sido, y a hacer explícitas las máximas de experiencia empleadas; y, por otro, permite también apreciar con más facilidad hasta qué punto uno y otras en su interacción *explican* y en qué medida, o no *explican,* en el caso concreto.

3. El papel de las *máximas de experiencia*

Al hablar de esta materia continúa siendo un punto de referencia necesario la noción elaborada por Stein, que concibió las máximas de experiencia como «definiciones o juicios hipotéticos de contenido general desligados de los hechos concretos que se juzgan en el proceso, procedentes de la experiencia, pero independientes de los casos particulares de cuya observación se han inducido y que, por encima de esos casos, pretenden tener validez para otros nuevos»[107].

En una primera aproximación, la noción apunta a algo tan obvio como que resulta impensable que alguien -incluido el juez- pudiera prescindir, en el ejercicio de cualquier actividad de indagación o valoración, de los datos o el bagaje de conocimientos que proporciona la experiencia socialmente acumulada.

Sin embargo, el relieve adquirido por la noción en el momento y en la cultura procesal de que es buena expresión el trabajo de Stein, no se limita a esa perspectiva.

Como ha señalado Taruffo[108], esa elaboración doctrinal consistente en «traducir en reglas lógicamente determinadas el criterio del *id quod plerumque accidit»,* respondió de manera inmediata a la necesidad de salir al paso de las tesis de la escuela libre del derecho. Y, más en concreto, a la finalidad de hacer posible un control sobre el juicio de hecho por parte de la casación.

Por esa vía, una vez traducidos a *reglas generales* los criterios extraídos de la experiencia, el juicio de hecho recibía cierta impronta *normativa* y el tratamiento lógico de una inferencia deductiva, de la que la máxima de experiencia venía a constituir la premisa mayor.

---

[107] F. Stein, *El conocimiento privado del juez.* Trad. de A. De la Oliva, Temis, Bogotá, 1988, p. 27.

[108] M. Taruffo, *Studi sulla rilevanza della prova.* Cedam, Padua, 1970, pp. 197 y ss.

Lo expresaba con claridad Rosemberg, al considerar el juicio de hecho como «una conclusión obtenida mediante subsunción de lo percibido en ciertos conceptos generales o máximas de experiencia como proposición mayor y formado, por tanto, mediante reglas lógicas»[109].

Se advierte fácilmente que esta forma de concebir la máxima de experiencia sigue estando profundamente instalada en la consideración jurisprudencial del juicio de hecho, como lo ponen de manifiesto las referencias concretas que se han hecho antes.

Y no puede tampoco pasar desapercibido que la misma, además de la función reconocida de propiciar el control lógico del juicio, tiene una clara dimensión ideológica: atribuir al conocimiento judicial del dato empírico una calidad de certeza (deductiva) que no tiene en absoluto. Y no la tiene porque la *ley* en que se traduce la máxima de experiencia no es una ley «de forma universal», sino el fruto de la constatación de cierta regularidad en la forma de producirse determinados fenómenos o comportamientos[110].

La máxima de experiencia responde al esquema de la inducción generalizadora, de las generalizaciones empíricas, y, en consecuencia, produce únicamente conocimiento probable. Esto no le priva de valor en la experiencia procesal, al contrario, permite atribuirle el que realmente puede corresponderle y, en esa misma medida, tal reconsideración de su significación se inscribe con toda autenticidad en el paradigma de búsqueda de la verdad de los hechos.

Por otra parte, resulta casi innecesario decir que no todas las máximas de experiencia estarán dotadas de la misma eficacia explicativa en el momento de dar el salto de un hecho probatorio a otro que pueda considerarse probado.

Así, mientras algunas máximas de experiencia -piénsese en las que rigen la pericia dactiloscópica- gozan de un alto grado de elaboración y reconocimiento; otras podrán ser el fruto de un

---

[109] En *Tratado de derecho procesal civil*. Ejea, Buenos Aires, 1955, vol. II, p. 210; cit. por H. Devis Echandía, *Teoría general de la prueba judicial*. Víctor P. de Zavalía Editor, Buenos Aires, vol. I, p. 175.

[110] «...la distinción entre leyes de forma universal y leyes de forma probabilística no se refiere a la fuerza del apoyo empírico de los dos tipos de enunciados, sino a su forma, que refleja el carácter lógico de la aserción que hacen. Una ley de forma universal es básicamente un enunciado en el sentido de que *todos* los casos en que se dan unas condiciones de tipo *F* se dan también unas condiciones de tipo *G*; una ley de forma probabilística afirma, básicamente, que bajo ciertas condiciones, que constituyen la ejecución de un experimento aleatorio *R*, se producirá un cierto tipo de resultado en un porcentaje específico de casos» (C. G. Hempel, *op. cit.,* p. 102).

reducido número de datos empíricos[111], e incluso tener necesidad de ser, a su vez, probadas[112].

Ahora bien, y como conclusión, con independencia de la calidad de la máxima de que se haga uso en cada caso, lo cierto es que, como escribiera Foschini, «percibido el hecho fuente de prueba, éste permanecería absolutamente carente de significado y mudo, a los fines de la prueba, si no estuviera referido a la experiencia y, más precisamente, subsumido en una máxima de experiencia, porque sólo de ese modo resulta posible obtener el convencimiento acerca de la verdad del hecho diverso que es objeto de prueba»[113].

V. LA MOTIVACIÓN DE LOS HECHOS *EN SERIO*

El precepto contenido en el art. 120,3 de la Constitución, más que cerrar, realmente abre el problema de la motivación, porque, una vez atribuido a ésta de modo inequívoco el carácter de deber -constitucional- del juez, resulta inexcusable plantearse el problema de sus dimensiones, del alcance de la exigencia.

Como es bien sabido, esa norma de nuevo cuño, fue a proyectarse en un contexto caracterizado por la escasa cultura y la práctica todavía más pobre de la fundamentación de las resoluciones judiciales. En efecto, la sentencia penal estándar, el *estilo* de las resoluciones judiciales entre nosotros, estaba caracterizado por la declamación, por el hábito de la declaración apodíctica de ciertos hechos como «probados», siguiendo en la forma el torturado y torturador modelo de la francesa *phrase unique,* redactada en jerga impenetrable, siempre bien aderezada de gerundios[114]. Tales

---

[111] M. Nobili se muestra partidario de distinguir entre máximas de experiencia y lo que describe como «criterios sólo tendenciales del comportamiento humano» («Nuove polemiche sulle cosidette "massime d'esperienza"«, en *Rivista Italiana di Diritto e Procedura Penale,* 1969, p. 184).

[112] Sobre este último aspecto, cfr. H. Devis Echandía, *op.* y *loc. cit.,* pp. 171 y ss.

[113] G. Foschini, *Sistema del diritto processuale penale* (I). Giuffrè, Milán, 1965, pp. 414-415. Es por lo que Amodio insiste en la necesidad de «hacer explícito el canon de argumentación utilizado para llegar a la afirmación de haberse producido el hecho imputado». Así, el modelo normativo de la motivación, se desarrolla según la siguiente secuencia: «hecho probatorio -máxima de experiencia - hecho probado», (En *op. cit.,* pp. 208-209).

[114] Cfr. Joaquín Bayo Delgado, «De gerundios jurídicos», en *Boletín Informativo Jueces para la Democracia,* n. 7, octubre 1991, p. 6; interesante apunte crítico sobre las particularidades del estilo de redacción que caracteriza a ese modelo.

hechos, seguidamente, se declaraban, con fórmula sacramental y sin ninguna pretensión explicativa, constitutivos de una determinada infracción penal, haciéndolo como si de una derivación puramente mecánica se tratase.

Esta tradición sigue harto viva todavía en la práctica de muchos juzgados y tribunales, aunque a partir de momentos relativamente próximos, ha comenzado a experimentar cambios cuyo relieve no sería justo desconocer.

Así, puede decirse, va abriéndose camino entre nosotros una cierta nueva cultura de la motivación en la que, sin embargo, pesa más el lastre del viejo decisionismo inmotivado que el impulso emanado del imperativo del texto fundamental; sobre todo, en lo que hace referencia a la *quaestio facti.*

Es cierto que la relevancia de la motivación en la materia goza de autorizado reconocimiento jurisprudencial del más alto rango[115]. Pero también lo es que, no obstante lo categórico de muchas de las aserciones, las propias resoluciones en las que ese criterio se expresa, fácilmente pasan luego, sin solución de continuidad, a dar por bueno lo que no son sino verdaderas ausencias de motivación.

Tal es, por ejemplo, el caso de la llamada *motivación implícita,* o motivación «no dicha»[116], que cuenta con una franca aceptación en nuestra jurisprudencia[117]. Sobre todo

---

[115] Expresiva al respecto resulta la sentencia 55 / 1987 del Tribunal Constitucional (Díez Picazo), que en un tema de imprudencia señalaba la necesidad de establecer «motivadamente de qué manera la infracción del deber de diligencia se conecta con el resultado». Y también la de la Sala Segunda del Tribunal Supremo, de 20 de febrero de 1990, en que, tras de afirmar que en el campo penal «la relación de hechos probados es la piedra angular» se hacía hincapié en que «si no se dan razones sobre el valor que el juzgador concede a la prueba practicada y se limita la sentencia, como ha sido norma hasta tiempos recientes, a expresar la calificación jurídica de los hechos que se habían declarado probados mediante un razonamiento que se mantenía secreto en la conciencia de sus autores, falla precisamente la motivación en aquella parte que, sin duda, es la más importante y constituye en muchos casos el tema único sobre el que versa el debate» (Delgado García). O la de la misma Sala (Soto Nieto, 20 de febrero de 1991), donde se llama también la atención expresamente sobre el relieve de la «motivación fáctica de la sentencia, al hallarse íntimamente conectada con la presunción de inocencia».

Lo malo es que tal énfasis en la exigencia de motivación fáctica se reserva exclusivamente para la llamada prueba *indirecta.*

[116] Cfr. M. Taruffo, «La fisonomia», *cit.,* pp. 457; para una más amplia consideración: *La motivazione, cit.,* pp. 437 y ss.

[117] Por todas, las sentencias del Tribunal Constitucional 174 y 175 de 1985 y 14 y 122 de 1991. También el mismo Tribunal Constitucional ha dado vía libre a la *motivación por remisión,* versión actualizada del castizo «por sus propios fundamentos» (Autos 688 / 1986 y 956 / 1988; y sentencia 27 / 1992).

tratándose de supuestos

de la llamada prueba «directa»[118].

No resulta difícil adivinar que la renuncia -ésta quizá más que implícita- a dar realidad en la práctica a exigencias de principio como la que nos ocupa, que, por otra parte, se formulan con tanta firmeza, responde a criterios inequívocamente pragmáticos[119]. Lo malo es que la renuncia no es, como parece querer sugerirse, *(solo) a la expresión de la motivación, sino a la motivación misma.*

En efecto, aunque en una consideración superficial tal vez cupiera pensar que, en casos como los comprendidos en esa fórmula, habría todo lo más cierta tolerancia con la reserva para el propio órgano decisor de los motivos de su opción acerca de la *quaestio facti,* no es así.

La exigencia[120] de trasladar a terceros los (verdaderos) motivos

---

[118] La contraposición entre prueba «directa» y prueba «indirecta» procede de Bentham (*op. cit.,* vol. I, p. 27). La distinción es cuestionada por Ferrajoli, a partir del criterio de demarcación, porque «las pruebas recogidas en un proceso no son casi nunca *directas* sino casi siempre pruebas *indirectas».* De este modo, «si se excluyen los delitos cometidos durante un juicio, en los que el hecho probatorio y el hecho objeto de prueba son todo uno, las *pruebas directas no existen»* (Ferrajoli, *op. cit.,* p. 110 y p. 164, n. 25). Hay que decir que, seguramente, las pruebas no serían directas en ese sentido ni siquiera en este último caso; en el que el enjuiciamiento del eventual delito resultaría transferido a otro tribunal, ante el que los magistrados que presenciaron el hecho incriminable tendrían que declarar como testigos.

[119] Son los mismos que se expresan en una marcadísima tendencia jurisprudencial -generalizada en toda clase de instancias- a *recuperar,* relegitimándolas por distintas vías, informaciones policiales connotadas de ilegalidad por el quebrantamiento de normas imperativas. Quizá uno de los casos más llamativos esté en el tratamiento de las infracciones del art. 569,4 de la Ley de E. Criminal en no pocas sentencias de la Sala segunda a pesar de lo diáfano de su expresión acerca de la presencia del secretario judicial en los registros, en la versión de 1882, ¡ay!, ya no vigente.

No resulta difícil adivinar en el fondo de estas actitudes la consideración de tales supuestos *sub specie* de un presunto conflicto entre el *ius puniendi* del Estado -derecho de la sociedad a defenderse, se dice también- y un cierto interés (exclusivo) del imputado que buscaría beneficiarse arteramente de la aplicación de las garantías. Cuando lo cierto es que, el interés en la efectiva vigencia de éstas es de carácter público-constitucional y se orienta precisamente a la *defensa y subsistencia de la sociedad como sociedad democrática.*

[120] La exigencia se entiende, naturalmente, como modelo-límite y apunta a la instalación en el juez-intérprete de una *tensión* hacia la transparencia; y, al mismo tiempo, a tratar de impregnar su actividad decisora de una cierta *distancia* autocrítica. Si esta actitud se predica como necesaria para el científico, cuyo hacer tiene que ver con entidades y magnitudes mucho más objetivas, con cuánto más motivo no ha de serlo para el juez, habida cuenta del alto nivel de implicación que es inherente a las

de la decisión, lejos de resolverse en una simple exteriorización formal de éstos, retroactúa sobre la propia dinámica de formación de la motivación[121] y de la misma resolución en todos sus planos; obligando a quien la adopta a operar, ya desde el principio, con unos parámetros de racionalidad expresa y de conciencia autocrítica mucho más exigentes[122]. Y es que, efectivamente, no es lo mismo resolver conforme a *una corazonada*[123], que hacerlo con criterios idóneos para ser comunicados. Sobre todo en un sistema procesal que tiene al principio de presunción de inocencia como *regla del juicio*[124]. Regla que tantas veces obliga a resolver contra la propia convicción moral, cuando, después de un cuidadoso análisis de la prueba, aquélla no encuentra confirmación plausible en ésta.

Por eso, aunque en los casos de esa falta de motivación que se designa como motivación implícita, la que más padece es en apariencia la dimensión *extraprocesal* del precepto del art. 120,3 de la Constitución, la verdad es que el alcance de la claudicación es bastante mayor.

---

cuestiones morales, y de lo difícil que resulta *filtrar* los presupuestos ideológicos, religiosos, culturales en general, desde los que inevitablemente se actúa.

[121] «Cuando en efecto la persona que realiza una opción sabe que tiene que motivar (y es la situación típica en que se encuentra el juez), no puede prescindir completamente de tal obligación y por tanto ya *se encuentra el campo de las soluciones eventuales restringido al de las opciones racionalmente justificables:* se vería constreñido a rechazar una determinada opción, quizá conforme a sus principios, cuando no fuese capaz de argumentarla favorablemente» (G. Ubertis, *op. cit.,* pp. 53-54). (Cursiva mía).

[122] Lo vio muy bien J. Frank cuando escribía: «creo que hará mucho bien exigir la publicación de los fundamentos, aunque no constituye un panacea, porque el mismo acto de escribir su versión de los hechos tiende a inducir al juez a escudriñar y criticar cuidadosamente sus motivaciones y a confrontar sus creencias...» (*op. cit.,* p. 97).

También E. Döhring cuando escribe: «un benéfico constreñimiento al autocontrol es el que impone el deber del averiguador profesional de justificar sus hipótesis por escrito»; algo que es válido «muy en especial para el juez, que tiene que fundamentar circustanciadamente en la sentencia su concepción del estado de los hechos» (*La investigación del estado de los hechos en el proceso. La prueba, su práctica y apreciación.* Trad. de Tomás A. Banziaf, Ejea, Buenos Aires, 1986, p. 451).

[123] J. Fernández Entralgo ha recordado oportunamente lo «fácil que es ceder a la tentación de primar la intuición a costa de fabricar una verdad de artificio adaptada a aquélla, que más tarde se invocara para pretender mantener intangible el resultado de una tal manipulación» («Presunción de inocencia, apreciación de la prueba y motivación de la sentencia», en *Revista General de Legislación y Jurisprudencia,* n. 493-494, p. 3.142).

[124] Tomo la expresión de G. Illuminati, *La presunzione d'innocenza dell'imputato.* Zanichelli, Bolonia, 1979, pp. 163-165).

Motivar, escribe Gianformaggio, «significa justificar, y justificar significa justificarse, dar razón del propio trabajo admitiendo en

línea de principio la legitimidad de las críticas potenciales, la legitimidad de un control»[125].

Efectivamente, la exigencia de motivación responde a una finalidad de control del discurso, en este caso probatorio, del juez, con objeto de garantizar hasta el límite de lo posible la racionalidad de su decisión, en el marco de la racionalidad legal[126]. Un control, por cierto -conviene insistir-, no sólo de procedencia externa, sino que no puede carecer de esa proyección interna sobre el propio operador a la que nos hemos referido[127]; y cuyo fin es, como se ha visto, implicarle (complicarle, diría) o comprometerle, para evitar la aceptación acrítica, como convicción, de alguna de las «peligrosas sugestiones de la "certeza subjetiva"»[128]. Esto, incluso en el caso hipotético de que toda la actividad probatoria fuera de la llamada *directa*[129]. Porque esa difícil eventualidad (donde además *directa* no significa necesariamente *simple*) nunca excluiría aquel peligro y por ende no podría autorizar al juez a rebajar el nivel de la racionalidad exigible en su trabajo; y porque, en cualquier caso, la sentencia no dejaría de estar dirigida a terceros, a toda la sociedad, que es lo que impone que se le dote de la información necesaria para que resulte un texto autosuficiente, que *«se baste a sí misma»*[130], sin necesidad de remisiones a las actas del proceso.

Por eso no me parece aceptable el punto de vista de Ruiz

---

[125] L. Gianformaggio, *op. cit.,* p. 136.

[126] «El control de la toma de decisión judicial en el área determinada por las normas legales es un postulado de todo sistema que se base en el principio de legalidad» (J. Wrobleswski, *Sentido y hecho en el derecho.* Trad. de J. Igartua y J. Ezquiaga, Universidad del País Vasco, San Sebastián, 1989, p. 238). En esa línea las normas jurídicas son calificadas como «factores de restricción de los márgenes de la decisión» (p. 235).

[127] J. Fernández Entralgo ha hecho hincapié en la «función preventiva» de la obligación impuesta al juez de «depurar su propio discurso, en una labor autocrítica, que constituirá, sin lugar a dudas, la mejor profilaxis contra posibles quebrantamientos del derecho a la presunción de inocencia» («La motivación de las resoluciones judiciales en el proceso penal: doctrina del Tribunal Constitucional», en *Poder Judicial,* número especial IV, dedicado a «Protección jurisdiccional de los derechos fundamentales y libertades públicas,» p. 71).

[128] F. Stella, *Leggi scientifiche e spiegazione causale nel diritto penale.* Giuffrè, Milán, 1990, p. 155. En idéntico sentido M. Nobili: «certeza moral no debe significar nunca arbitrio, sino conocimiento razonado» (La formazione..., *cit.,* p. 281).

[129] J. Fernández Entralgo ha puesto de relieve cómo no existe argumento válido, para limitar el alcance del deber de motivar a los supuestos en que la convicción se apoya en prueba indiciaria, cuando lo que está en juego es «la efectividad de un derecho fundamental». (En «La motivación de las resoluciones...», *cit.,* p. 76).

[130] Tomo la expresión de J. B. Maier, *Derecho Procesal Penal Argentino. 1b Fundamentos.* Hammurabi, Buenos Aires, 1989, p. 593.

Vadillo que no cree «obligado ni necesario» que el juez o el tribunal hagan un examen exhaustivo de la prueba y expliquen el porqué de la relevancia dada a cada medio en concreto: «por qué (se) creyó a dos testigos y (se) dejó de creer a tres o por qué (se) dio más credibilidad a un informe pericial que a otro». Encuentra el autor la justificación de este criterio en que «en un tribunal colegiado (...) no todos sus miembros en su intimidad llegan a la conclusión de la culpabilidad y, por tanto, a la credibilidad de una prueba frente a otra, por el mismo camino y con idéntico recorrido, y no (sabe) cómo habría de redactarse la sentencia condenatoria en estos casos»; y, asimismo, en que «no parece conveniente ni menos necesario subrayar la incredibilidad de un testigo o de varios de manera expresa. Ni siquiera es fácil explicar por qué se inclinó un juez por uno u otro testimonio». De ahí que estime suficiente que se «deje constancia de los datos de que se ha dispuesto, declaraciones a favor o en contra, pericias en uno y otro sentido, etc., y cómo a su través, con prueba inequívoca de cargo, se llegó a la condena». Porque «lo importante es decir cuáles son los hechos inequívocamente probados, y de ellos obtener la correspondiente conclusión»[131].

Como se ha escrito en ocasiones, cada modo de sentenciar, como cada manera de escribir, lleva consigo una implícita selección del destinatario, del interlocutor. Desde esta perspectiva, diría que la propuesta de Ruiz Vadillo acota como espacio de diálogo sólo el estrictamente intraprocesal. Y lo hace en términos que se sitúan incluso por debajo del nivel de exigencia del art. 10,6a de la Ley Orgánica 10 / 1980, de 11 de noviembre, que imponía al juez el deber de plasmar «de manera expresa las pruebas practicadas y *su resultado»,* es decir, el *rendimiento* de cada una de ellas. Y más lejos aún de la prescripción de la regla segunda del art. 85,2 de la Ley Procesal Militar, que, después de establecer la necesidad de consignar en la sentencia los hechos que se estimen probados, impone «la fundamentación de dicha convicción».

En ambos casos se quiere algo más que el simple «dejar constancia de los datos», se pide al juez que razone el valor probatorio atribuido a cada uno de ellos. La «exteriorización del porqué de las conclusiones de hecho», al decir de Maier[132].

No basta con que el juez afirme que *tiene* (para sí) una convicción, debe exponerla para compartirla. Diría incluso que en la misma idea de conferir a un resultado probatorio por sí

---

[131] E. Ruiz Vadillo, «Hacia una nueva casación penal», en *Boletín de Información del Ministerio de Justicia,* n. 1.585, p. 5.685.

[132] J. B. J. Maier, *op. cit.,* p. 244.

mismo existencia *objetiva* como «de cargo» hay algo de falaz. Porque lo que, en definitiva, lo constituye como tal es la atribución de una determinada valencia, dentro de un tejido de elementos de juicio en relación de mutua implicación.

Se advierte con claridad en el caso del voto disidente en un tribunal colegiado, que muy bien puede partir de los mismos datos probatorios que la resolución de mayoría, pero, eso sí, entendidos de una manera diversa. Modo de entender discrepante, que nunca podría proyectarse hacia afuera del órgano como un simple *porque sí.* Como parece que tampoco podría hacerlo la misma resolución que motiva el disentimiento y, en suma, ninguna resolución.

Cierto que puede haber casos de esos en los que, coloquialmente, se dice, los hechos *se explican por sí solos,* pero esto realmente nunca es así: el juicio de hecho será más o menos elemental, pero no podrá dejar de producirse. Por otro lado, no conviene olvidar que el mandato constitucional es incondicionado, y que las resoluciones judiciales, que con harta frecuencia ilustran acerca de vicisitudes procesales inútiles desde el punto de vista de la economía de la justificación, suelen ser extraordinariamente parcas al recoger los datos que podrían dar cuenta de la forma en que se ha producido efectivamente la contradicción en el acto de la vista. Con ello resulta que si, generalmente, la sentencia penal rara vez es comprensible para quien no conozca los antecedentes de la causa, al ocultarse el nudo de la decisión, puede muy bien resultar un jeroglífico, incluso para las partes. Cuando lo cierto es que, como se ha dicho, la Constitución ha optado por hacer de ella un texto inteligible y, Perelman diría, convincente[133] incluso para alguien que lo lea desde fuera de la relación procesal concreta.

Hay un dato, el de la *dificultad* de la auténtica motivación, también señalado por Ruiz Vadillo, que no puede dejar de reconocerse como cierto. Porque «motivación», en el expresivo decir de Cordero[134], significa «máquina dialéctica», ejercicio de una «función ostensiva (que) disuelve los *arcana iustitiae»* llevándose con ellos -al menos tendencialmente- una forma siempre más cómoda de ejercicio de la jurisdicción.

Desde luego *motivar,* como cualquier acto de racionalidad explícita, no puede ser fácil. Pero, ¿no será precisamente en esa dirección donde apunta el imperativo constitucional? Porque, en

---

[133] Cfr. Ch. Perelman, *La lógica jurídica y la nueva retórica.* Trad. de L. Diez Picazo, Civitas, Madrid, 1979, p. 213.

[134] F. Cordero, *«Stilus curiae...», cit.,* pp. 302 y 306.

efecto, en la genealogía de todos los controles democráticos sobre los actos de poder, late el propósito de hacer su ejercicio racionalmente justificado, es decir, *más difícil,* pero también *más legítimo*[135]. Por eso tiene que ser necesariamente más difícil la función del juez en un modelo informado por el principio de legalidad que en el de la «justicia del cadí».

También es verdad que el nivel de dificultad en la elaboración del discurso motivador puede crecer en el caso de los tribunales colegiados, pero quizá ello responda asimismo a la lógica interna del propio sistema, que les atribuye generalmente la resolución de los casos más complejos o de mayor trascendencia y el reexamen de lo actuado por otros órganos. En ellos la garantía radica, precisamente, en que la formación de la conciencia y la voluntad colectiva vaya más allá de la mera yuxtaposición de «intimidades», para convertirse en una verdadera convicción *a trois* (cuando son tres los magistrados que forman la sala, naturalmente).

VI. CASACIÓN: JUZGAR EL JUICIO DE HECHO

Como bien se sabe, y para decirlo con palabras ya clásicas entre nosotros, «limítase la casación, partiendo de los mismos hechos fijados en la sentencia, a examinar la concepción jurídica causal del fallo, o bien, desentendiéndose del sentido de éste, la regularidad del proceder que haya conducido hasta él»[136].

Este punto de vista, con carta de naturaleza en el tratamiento tradicional de la casación, responde a la misma filosofía que impregna una de las formas de entender la libre convicción judicial.

Si ésta se concibe como un ejercicio de la más absoluta intimidad, como una experiencia intraducible, como una suerte de momento *pánico,* ello no puede más que llevar consigo la imposibilidad asimismo absoluta de *volver sobre él* para intentar su comprensión *desde fuera*.

Pero ya hemos visto que esto no es ni ha sido nunca objetivamente así, aunque la *intime conviction* haya recibido en ocasiones ese tratamiento, que aún cuenta con partidarios.

El proceso de adquisición de conocimiento del juez no es estructural mente más ni menos complejo que otras formas del razonar.

Por otra parte, recuerda Cordero, el «hermetismo togado» es

---

[135] «La "razón de" ya no es entonces solamente algo que explica, sino que legitima» (P. Ricoeur, *op. cit.,* p. 52).

[136] E. Gómez Orbaneja-V. Herce Quemada, *op. cit.,* p. 260.

históricamente muy anterior a la acuñación de la convicción íntima como principio: «también los doctores italianos recomiendan reticencia: nunca *exprimere causam»;* porque «justicia oculta, jueces omnipotentes»[137].

Precisamente por eso, en una concepción tendencialmente democratizadora del proceso como la que expresa nuestro texto constitucional, hay que entender que a la falta de obstáculos de índole gnoseológica, se añade una consistente razón política para profundizar, por la vía del control jurisdiccional, en la exigencia de la motivación.

En esa línea, una de las convenciones que resulta preciso combatir es la que tiende a recluir todo el componente lógico del juicio en el *de derecho»*,[138] como si no existiera otra lógica que la deductiva: lo que sería, en fin, una forma más de insistir en la atribución de una inadmisible carga de irracionalidad al *razonamiento* del juez.

A este «prejuicio epistemológico» se ha referido Ferrajoli, apuntando la alternativa: «es claro que si, al contrario, por lógica» se entiende la lógica no sólo deductiva, sino también inductiva, no hay razón para no admitir el control lógico de la casación también sobre la adecuación de la motivación en materia de hecho, es decir, sobre la carencia de confirmaciones (o pruebas) por *modus ponens* o sobre la presencia o no experimentación de contrapruebas por *modus tollens»*[139].

Con todo, lo cierto es que el control casacional del modo de aplicación de las máximas de experiencia -aunque sea limitado a los supuestos más llamativos- se ha abierto camino en experiencias comparadas, regidas como la española, por la previsión del exclusivo control de la transgresión legal. Tal es el caso de la jurisprudencia alemana y de la italiana.

Como señala Walter, «hay quienes ven realizado en la práctica de los tribunales de casación el principio de que también pueden ser sometidas al control de esa instancia las comprobaciones de hechos (en virtud de la fórmula de "las transgresiones de las leyes del razonamiento y de la experiencia, de las constataciones poco claras y lagunosas")»[140].

---

[137] F. Cordero, *«Stilus curiae..» cit.,* pp. 302-303.

[138] Así G. Calogero, para quien, mientras en el juicio de derecho el carácter ilógico del juicio se confundiría con la «antijuridicidad», que no escapa al control de la casación, el mismo vicio referido al juicio de hecho sería un error defacto del propio juicio de hecho, por sí mismo incensurable en casación (en *op. cit.,* p. 5).

[139] L. Ferrajoli, *op. cit.,* pp. 179-180, n. 83.

[140] G. Walter, *op. cit.,* p. 350.

En este punto de vista hay implícito un replanteamiento del sentido de la convicción íntima, que, ciertamente, no podría estar sometida a patrones legales de valoración del material probatorio. Pero que no puede dejar de respetar las reglas del discurso racional. Por eso, concluye Walter señalando cómo «la observancia de las leyes del razonamiento no constituye un límite de la apreciación de la prueba, sino que es inmanente a ésta. O mejor dicho, cuando se trata de la observancia de leyes del razonamiento, no hay lugar para una apreciación»[141].

En el mismo sentido, y de forma bien plástica, se ha expresado Cordero, con respecto a Italia, al hacer notar la vigencia práctica de un cierto control del uso de las máximas de experiencia. De no ser así, dice, «cualquier conclusión delirante sería invulnerable. Por ejemplo, N resulta condenado a partir de la siguiente premisa: es uno de los siete que pueden haber matado a P; y le odiaba, al contrario que los otros; es imposible que pueda haber resistido el impulso; quien odia de esa manera no pierde cómodas ocasiones de matar»[142].

La consolidación de ese punto de vista exige el definitivo desplazamiento de una viciosa concepción circular sobre el papel del principio de inmediación en la formación de la convicción.

La inmediación es, qué duda cabe, una garantía, pero sólo de carácter instrumental, preordenada a hacer posible a partir del contacto directo, una valoración racional de los actos probatorios, que pueda a su vez ser racionalmente enjuiciada por terceros.

Por el contrario, cuando la inmediación se usa -y es frecuente- como barrera para vetar el acceso al examen del curso valorativo del juez o tribunal, se convierte en una injustificable coartada, primero para propiciar que el juez oculte sus razones; y, después, para negar legitimidad a cualquier tentativa de fiscalizarlas.

Así resultará que la inmediación, que por sí misma no es necesariamente un obstáculo frente al proceder arbitrario del juez, puede convertirse en paradójica *garantía* de discrecionalidad judicial incontrolada.

Para que no sea así, se hace preciso acabar con la confusión, bien patente en la opinión de Calogero, antes citada, de que prueba y *quaestio facti* son la misma cosa. Porque, como escribe Ferrajoli, debe distinguirse entre el *juicio sobre el hecho* y el *juicio sobre el juicio*. Y dentro de éste, «es claro que el juicio sobre la motivación forma un todo con el

---

[141] G. Walter, *op. cit.,* p. 355.
[142] F. Cordero, *Procedura,* ed, 1991, *cit.,* p. 936.

juicio de legalidad; y que el

control sobre la consistencia (no de las pruebas sino) del razonamiento probatorio, es todo uno con las garantías de legalidad que expresan los tres clásicos brocardos *nulla poena sine crimine, nullum crimen sino lege y nulla poena et nullum crimen sino iuditio*[143].

Este modo de entender la cuestión se encuentra en alguna resolución de la Sala Segunda. Así la de 15 de abril de 1989 (ponente Bacigalupo Zapater) que declara controlable en casación el que califica de «segundo nivel de valoración judicial», que es el relativo «a las deducciones e inducciones que el tribunal puede realizar a partir de los hechos que ha percibido directamente en el juicio oral. Estas inferencias pueden ser controladas en la casación precisamente porque no dependen sustancialmente de la inmediación, sino de la corrección del razonamiento que se debe fundar en las reglas de la lógica, en los principios de la experiencia y, en su caso, en conocimientos científicos. Por tanto, en la medida en que el tribunal de casación tiene completo acceso a ese razonamiento puede verificar en cada caso la corrección de las conclusiones».

La doctrina, desde luego impecable, tiene además la virtud de poner a la propia Sala Segunda ante un reto: franquearse ella misma, a través de la exigencia de la motivación *explícita* del juicio de hecho, el «completo acceso a ese razonamiento», que, hoy por hoy, le cierra, sin consecuencias, cualquier tribunal que reserve para sí los criterios de valoración tenidos en cuenta. Y no digamos cuando se trata de la dichosa prueba *directa*.

El concepto de motivación *en sentido fuerte,* que constituye el antecedente necesario de un control casacional como el que justifica la sentencia que acaba de citarse, tiene inequívoco apoyo normativo del más alto rango.

En efecto, está la exigencia del art. 120,3 de la Constitución. Aunque la colocación sistemática del precepto es un obstáculo para que su inobservancia permita el acceso al recurso de amparo, parece que en todo caso ésta habría de tener encaje en el supuesto del art. 849.1 de la Ley de Enjuiciamiento Criminal, máxime si se le relaciona con la previsión del art. 5,4 de la Ley Orgánica del Poder Judicial; salvo que pueda entenderse que el dictado constitucional en este punto carece de «carácter sustantivo» y / o no deba «ser observado en la aplicación de la ley penal».

---

[143] L. Ferrajoli, «I valori del doppio grado e delta nomofilachia», en *Il giudizio di Cassazione nel sistema delle impugnazioni,* en *Materiali e atti del Centro Studi per la Riforma dello Stato.* Suplemento al n. 1, enero-marzo 1992, de *Democrazia e Diritto,* pp. 34 y 40-41.

Pero, en último término, el defecto de motivación siempre tendría, como entiende Bacigalupo[144], las consecuencias de producir indefensión, relevante a los efectos del art. 24 CE, y de encarnar una forma de ejercicio arbitrario de un poder público, de las proscritas en el art. 9,3 CE. Esto, creo, no sólo en el caso de motivación incorrecta, sino también en el de pura y simple falta de expresión de la motivación.

Entenderlo de otro modo, supone la aceptación práctica del hecho de que el juez puede situarse potestativamente por encima de un deber constitucional, inequívocamente impuesto. Y también perder de vista que, más allá de consideraciones pragmáticas o de oportunidad y de eventuales costes coyunturales, el instrumento de la declaración de nulidad tiene, trascendiendo el caso concreto, una *ratio*. Ésta consiste en asegurar la capacidad ordenadora del orden jurídico y, en consecuencia, demanda de quienes tienen la responsabilidad de hacerla efectiva que se le dote, como es de ley, de una eficacia generalizada. Ello aquí significa dejar claro cómo hay que hacer las cosas, es decir, las sentencias. Si *se quiere* que definitivamente se ajusten al único modelo posible en este caso: el constitucional.

[144]E. Bacigalupo Zapater, «La impugnación de los hechos probados en el recurso de casación penal. (Reflexiones sobre un decenio de aplicación del art. 24,2 CE)», en curso de publicación, consultado en la versión mecanográfica.

FINES Y MEDIOS: UNA APROXIMACIÓN A LOS DERECHOS

«La tolerancia es ese molesto sentimiento de que tal vez, al fin de cuentas, el otro pudiera tener razón».

(Anónimo)

1. El dilema de los medios

Suele atribuirse a Maquiavelo haber dicho que el fin justifica los medios. Si no lo dijo por escrito, tal puede ser el resumen de sus ideas interpretadas por quien se empeñe en leer un consejo técnico en términos morales. El hecho es que, a partir del ilustre florentino, muchos políticos han sido acusados de *maquiavelismo* por emplear medios que la opinión pública rechaza. Y muchos de esos mismos críticos han repetido en privado aquella frase para explicar ante sus propios partidarios el empleo de medios dudosos en aras de algún propósito largamente anhelado.

En el común de las gentes existe sin embargo cierto consenso para sostener, en términos abstractos, que el fin *no* justifica los medios y que jamás debe emplearse un medio injusto, ni aun para perseguir un fin justo. Aunque tal afirmación no lleva por sí sola demasiado lejos a menos que se especifique qué medios y qué fines son justos o injustos, permite al menos identificar el meollo del problema: los fines injustos quedan fuera de su planteo, tanto como los medios justos. Lo que ocupa a los políticos y encrespa a los moralistas es la relación entre fin justo y medio injusto; o, para expresarlo de un modo más riguroso, el caso en que se dan las siguientes notas:

a) Un fin F que, desde una óptica moral E, es deseable[1].

[1] En este caso prefiero hablar de *óptica moral* antes que de *sistema moral,*

b) Un medio M que, desde la misma E, es indeseable.
c) Un estado de cosas tal que F no puede lograrse sino con el empleo de M.

En tales circunstancias puede dispararse la pregunta del millón, a saber: ¿es deseable, desde la óptica moral E, emplear M para lograr F?. El interrogante se presenta como un dilema, porque si lo respondemos afirmativamente aceptaremos lo indeseable (M) y si lo hacemos en forma negativa rechazaremos lo deseable (F). Y, siempre que el dilema se plantee en abstracto, estamos dispuestos a resolverlo a la manera de Alejandro frente al famoso nudo: hacemos de nuestra respuesta negativa un principio moral y rehusamos examinar los intrincados lazos con que los elementos del problema se hallan vinculados.

2. En la cancha se ven los pingos

Es verdad: todos somos *antimaquiavelistas* cuando se trata de reflexionar acerca del funcionamiento de la óptica moral de cualquiera y siempre que no estemos hablando de medios concretos y de fines concretos. En la vida cotidiana, es común que nos mostremos más dispuestos a aceptar medios inconvenientes[2] cuanto mayor sea el valor que asignemos al fin que esperamos lograr con su empleo.

En este punto hacen su aparición ciertas complicaciones subjetivas en la apreciación del valor de fines y medios, cuya justicia o injusticia nos parece tanto menos importante cuanto más ajenos sean el perjuicio a evitar o la ventaja a obtener. Pero, aun dejando de lado esta consideración y situándonos en el punto de vista de

---

precisamente por la vaguedad de la primera expresión. «Sistema moral» evoca un conjunto de normas ordenadas jerárquicamente y dotado, al menos, de consistencia. Las ideas morales que los seres humanos suelen invocar (y, en casos extremos, incluso aplicar) en la vida real son a menudo conflictivas entre sí y sus vínculos jerárquicos se hallan sujetos a numerosas insubordinaciones, golpes de estado y eventuales restauraciones en las que no es raro que todo vuelva a su cauce para que algo permanezca modificado. Una óptica moral está entendida aquí como la situación en que se encuentra un individuo en un momento dado, o -por extensión- un grupo dado, suficientemente homogéneo para ser tomado aproximadamente como una unidad moral, en un lapso suficientemente breve como para que pueda suponerse que no ha habido modificaciones importantes en sus puntos de vista compartidos.

[2] En este caso los llamamos medios alternativos, heterodoxos, inevitables, heroicos o de cualquier otra manera persuasiva.

un individuo personalmente desinteresado, la reflexión moral concreta no se nos presenta desprovista de paradojas.

Una de ellas, que vale como agudo ejemplo de una problemática más general, es la resumida en el conocido ejemplo del terrorista. Un individuo ha puesto una bomba en una escuela llena de niños, a quienes por algún motivo no es posible evacuar. El artefacto -según se ha anunciado- estallará dentro de media hora. El autor del atentado ha sido detenido y reconoce el hecho, pero se niega a informar dónde ha ocultado el explosivo. Si este dato no se obtiene dentro de los próximos quince minutos, sera imposible desarmar la bomba y centenares de niños morirán. ¿Es moralmente lícito torturar al detenido para arrancarle esa vital información?

Frente a tal hipótesis, nuestra conciencia moral se ve tironeada de mala manera. En nuestro interior, dos personajes mantienen un tenso diálogo:

-¡Jamás! Un ser humano no debe ser torturado por ningún motivo, aunque sea culpable de los más horribles crímenes.

-Sí, yo no aprobaría la tortura, pero en este caso se trata de la vida de centenares de niños inocentes. ¿No vale eso más que la integridad del terrorista?

-Desde luego; pero no más que el principio de respeto por los derechos individuales.

-¿Y los derechos individuales de quienes serían condenados a morir por nuestra inacción? Tengamos en cuenta que ellos son muchos y son inocentes, mientras el detenido es uno solo y es culpable.

-Es verdad; pero razonar de esa manera nos llevaría a justificar muchas iniquidades que la humanidad considera superadas, incluidas algunas muy cercanas en el espacio y en el tiempo. ¿Acaso hemos de adherir a la tesis de «por algo sería»?

El debate podría continuar hasta después del estallido, sin que los dos cuernos del dilema llegasen a coincidir. Lo curioso es que cada uno de los personajes en debate tiende a estimar que tanto su propia posición como su relativa (y conflictiva) aceptación de la tesis opuesta responden a una convicción moral fuertemente arraigada en su conciencia, cuando todo parece indicar que al menos una de esas tesis tiene su base en una posición más pragmática que ideológica, emparentada con el escepticismo ético.

3. El mundo es redondo

En efecto, aproximémonos nuevamente al dilema y tratemos de hacerlo con espíritu ingenuo, desprovisto de preconceptos

acerca de métodos o garantías. Si logramos hacerlo (y, por cierto, no estoy afirmando que ésta sea la forma *correcta* de abordar el tema), el dilema desaparece. En su lugar se nos presenta una simple comparación de valores, que hemos de juzgar de acuerdo con lo que aceptamos como nuestra escala axiológica. En este contexto es posible citar cuatro ideas morales que gozan de gran aceptación:

a) Una vida es muy valiosa, pero muchas vidas valen más que una sola.

b) La vida vale, en principio, más que la integridad física o la ausencia momentánea de dolor.

c) El inocente merece mayor protección que el culpable, cualquiera que sea el nivel de protección que se desee brindar a este último.

d) Los niños son siempre inocentes.

Si adherimos a estas ideas, la solución del problema moral aparece ante nuestros ojos como el resultado inevitable de una ecuación: no sólo es lícito torturar al detenido: es *moralmente preciso* hacerlo, con el mismo fervor con que adherimos al mal menor cuando abandonamos nuestra vivienda para huir de una inundación o adoptamos precauciones para no contraer el SIDA[3].

¿Por qué, entonces, el problema nos parece desgarrador? ¿Por qué muchos de nosotros estamos dispuestos a dejar morir a los niños para impedir una tortura que juzgarnos abominable? Y, de paso, ¿por qué somos tan propensos a cambiar por completo de idea si entre los niños están nuestros propios hijos?

Hay una sencilla respuesta para estos interrogantes, una respuesta encerrada en dos refranes de la sabiduría popular: *el mundo es redondo* y *el miedo no es zonzo*.

En efecto, el ejemplo del terrorista supone que nosotros, desafiados a resolverlo, nos hallamos en la capacidad de decidir qué ha de hacerse con la vida y la integridad de las personas involucradas. Tenemos nuestra escala de valores que nos permite decidir, al menos en la aproximación ingenua. Pero ¿es la misma escala del terrorista? No, seguramente. Desde luego, tendemos a pensar que él está «equivocado» y nosotros «en lo cierto». Lo pensamos

[3] La comparación más habitual es la de la operación que amputa una parte del cuerpo afectada de cáncer: la omito deliberadamente porque es demasiado cara al temperamento autoritario. Creo que, moral y políticamente hablando, en nuestra sociedad hay demasiados cirujanos, muy pocos buenos clínicos y una angustiosa escasez de higienistas.

también ingenuamente, llevados por la fuerza autopersuasiva de un lenguaje marcadamente ontológico. O bien hemos reflexionado acerca del tema y adherimos a una teoría (utilitarista o intuicionista, por ejemplo) que nos permite hablar de verdades y falsedades éticas. Pero, aun en este caso ¿qué perspectivas tenemos de lograr que el terrorista advierta la corrección de nuestro razonamiento o perciba la intuición adecuada? La historia del mundo es un buen ejemplo de la limitada capacidad de los hombres para convencer a otros sin apelar a la conveniencia personal e inmediata de los interlocutores, a las desventajas artificiales *(ad baculum)* o a argumentos falaces *(ad hominem)*.

Si no podemos confiar en nuestra capacidad de ganar adeptos a nuestra propia escala de valores, corremos el riesgo de que en otro momento sea el mismo terrorista (u otra persona que no coincida con nuestras intuiciones éticas) quien se encuentre en condiciones de decidir si debe torturarnos *a nosotros* para preservar lo que *él* considera un valor relevante. Llegado ese caso ¿estamos dispuestos a defendernos sobre la base de que nuestra escala es mejor que la de él? ¿No temeremos fracasar en tan temerario intento? Es más: ¿estamos seguros de tener siquiera la oportunidad de ensayar una argumentación?

Este sentimiento ha atenazado desde siempre la conciencia moral de los hombres. Como resultado han ido surgiendo por consenso, a lo largo de los siglos y no sin arduas luchas, algunas ideas limitativas acerca de los métodos a utilizar, cualquiera que sea el fin que se persiga. Tales limitaciones tienen por objeto preservar algunos bienes en general apreciados; pero para preservarlos es preciso ponerlos fuera del *mercado* axiológico, donde podrían sucumbir frente a un juicio de valor adverso, del mismo modo en que un inmueble constituido en *bien de familia* permanece ajeno a los vaivenes de fortuna de su propietario. Así, no se debe torturar a un individuo en circunstancia alguna; no se debe privar a alguien de su libertad ambulatoria por razones puramente subjetivas, aunque éstas nos parezcan correctas; no se debe impedir a la gente reunirse, opinar y comunicar sus ideas, aunque tales ideas se nos antojen abominables y aquellas reuniones inconvenientes. Estas garantías, cuyo paradigma son los *derechos humanos,* operan al modo de diques morales que contienen la acción en busca de ciertos fines y la encauzan de tal modo que esa acción, aun a riesgo de fracasar, evite lastimar ciertos intereses considerados fuera de los límites del disenso.

La fortaleza de esos límites tiene una medida: la del equilibrio entre nuestro ardor en la persecución de los fines y nuestro rechazo ante la eventualidad de sufrir ciertos medios (acompañado

de nuestro juicio de probabilidad respecto de esa perspectiva). La incidencia del primer término de esta ecuación puede contribuir a explicar por qué personas habitualmente moderadas reclaman de pronto la pena de muerte para el miserable que les sustrajo el pasacasetes del automóvil. La del segundo término, por qué tendemos a defender con menor ahínco las garantías que no nos incumben y a ser más severos respecto de los hechos que no nos imaginamos capaces de cometer o de las personas o grupos de los que no imaginamos que lleguen jamás a situarse por encima de nosotros.

Si nos situamos en el plano colectivo, aquella ecuación sirve también para comprender por qué los fanatismos (o, como se dice ahora, los *fundamentalismos*) entrañan tanto peligro para la convivencia. El individuo que está absolutamente seguro de su escala de valores y supone que hay en ella una verdad evidente que sólo los ciegos y los perversos se niegan a ver puede coincidir acaso con el contenido de nuestras propias convicciones. Pero el énfasis que pone en ellas tiende a desbordar los diques que trabajosamente se han construido para dejar a salvo ciertos intereses más o menos comunes entre opiniones divergentes. Y, producido el desborde, ya nadie quedará a salvo de la inundación, cuya marcha depende del viento.

4. Derechos humanos, sistema jurídico y «laissez faire»

He mencionado algunos de los límites morales que habitualmente se invocan, aunque no me parece demostrado que ellos sean naturales ni que cada uno de ellos sea por sí solo necesario: muchas sociedades han existido con límites diferentes. Lo que puede afirmarse es que la ausencia de todo límite constituye al menos un excelente caldo de cultivo para el estrés. Hasta la mafia tiene cauces rigurosos para la persecución de los fines de sus miembros: sea cual fuere la enemistad entre dos mafiosos, la *omertá* prohíbe a cada uno de ellos denunciar al otro. Y, aunque está permitido asesinarse recíprocamente, la familia personal de ambos debe quedar a salvo. Las convenciones de Ginebra sobre prisioneros de guerra o los tratados que vedan el uso de ciertas armas se inscriben en un plano semejante.

Por cierto, tanto en la mafia como en las sociedades más ortodoxas, poner ciertos intereses fuera del mercado axiológico requiere en alguna medida el esfuerzo de endiosarlos, de integrarlos en una ideología para dejarlos a salvo del pragmatismo de cada momento y de cada persona. Y esta ideología debe ser tanto más

poderosa cuanto más fuertes sean los fines sobre los cuales tenga que prevalecer; podemos dejar morir a centenares de niños para no torturar al terrorista, pero no lo haremos si en *ese momento* nos permitimos poner en la balanza los valores en juego en la coyuntura. Curiosamente, esta decisión requiere cierto *contrafundamentalismo* apoyado en los intereses generales (tales como se los entiende en una sociedad dada), una convicción que ha dejado atrás su base pragmática y eventualmente escéptica para parecerse, por su solidez, a la fuerza que se le opone. Una vez convertidos los límites en *principios,* sostenerlos contra una balanza valorativa coyunturalmente desfavorable es difícil; ponerlos en práctica contra un saldo axiológico fuertemente negativo es heroico; aceptarlos en conflicto con un interés personalísimo requiere el temple de un personaje de Corneille.

Sería un descuido, sin embargo, suponer que los límites, diques o umbrales a los que me he referido funcionan de este modo sólo en aspectos tan relevantes como el de los derechos humanos. En rigor, todos los derechos son «humanos» en tanto sus titulares y sus obligados correlativos son casi siempre[4] miembros de nuestra especie y en cuanto tales derechos son siempre enunciados, invocados o rebatidos en el seno de alguna cultura humana. Pero llamamos derechos humanos a ciertas exigencias morales que gozan de consenso general en un momento dado y de las que son presuntos beneficiarios todos los seres humanos, por el solo hecho de serlo y con independencia de sus cualidades personales o de las culpas en que hayan incurrido o se les atribuyan; exigencias que -cuando son sostenidas como tales- no ceden ante ninguna consideración de necesidad, emergencia o guerra[5].

Existen también otros umbrales más bajos, destinados a ser sobrepasados en ciertas circunstancias (delito, emergencia, guerra) o aplicados a cierta clase de personas (inocentes, mujeres, compatriotas, trabajadores, miembros de tal o cual profesión o grupo). Muchos de

---

[4] Al decir «casi siempre», pienso en los derechos de los animales, si por tal cosa queremos entender el reflejo de la obligación de no maltratarlos, como diría Kelsen (Teoría Pura del Derecho, México, UNAM, 1981, pág. 140). Aunque ésta no es la acepción más prestigiosa desde el punto de vista jurídico, parece ser la más usual cuando se habla de derechos en sentido moral.

[5] Naturalmente, éste es *uno* de los conceptos de derechos humanos que es posible enunciar o definir, pero me parece el que mejor se adecúa al tipo de defensa que de tales derechos se hace. En el contexto de esta definición, una buena piedra de toque para el criterio de uso de la expresión es pensar que los derechos humanos son los *derechos de mi peor enemigo.* Si para respetarlos debo preguntar quién los vulnera o quién sufre su violación, o bien no se trata de estos derechos humanos o yo no soy un defensor leal de ellos.

estos umbrales, de disímil altura y con los más variados

campos de aplicación, se consideran suficientemente relevantes como para recogerlos en normas jurídicas[6].

Es más: todo el sistema jurídico puede considerarse como un mecanismo destinado a recoger límites de este tipo y a otorgarles más fuerza motivadora. La organización legal y constitucional, la presencia de tribunales y policía, todo el complejo de derechos y obligaciones que emana de leyes, contratos, sentencias o circulares del Banco Central constituye una red de circuitos de medios, algunos de los cuales son obligatorios, otros prohibidos y otros facultativos. La declaración de la independencia de los Estados Unidos proclamó como derechos inalienables la vida, la libertad y *la consecución de la felicidad*[7]. Si conseguir la felicidad es utópico, perseguirla es humano. Por cierto, no está dicho en qué haya de consistir la felicidad para cada uno y, en todo caso, son numerosos los caminos que según diversos pareceres puedan acercarnos a ella. En otras palabras, pues, cada individuo persigue lo que entiende como sus propios fines por los medios que juzga conducentes. Pero en esa persecución hay vías que le está vedado recorrer: no puede resolver sus problemas sentimentales matando a su cónyuge, ni agregar una habitación a su vivienda invadiendo la del vecino, ni incrementar la rentabilidad de su negocio omitiendo el pago de impuestos o abonando salarios inferiores a los establecidos, ni asegurarse el respeto y la obediencia de sus hijos mediante mutilaciones o castigos crueles, ni divertirse en sus fiestas causando ruidos molestos, ni llegar puntualmente a sus compromisos estacionando el automóvil en doble hilera. Todos esos fines son lícitos, pero sólo pueden perseguirse por medios no prohibidos, cualquiera que sea el juicio del interesado acerca de la mayor eficacia de alguno de los medios vedados respecto de los permitidos; y las restricciones se imponen por una vía ajena a la ética porque no es posible confiar, no ya en la fuerza de voluntad de los infractores potenciales (en especial frente a balances valorativos coyunturales e individuales opuestos a la restricción), sino incluso en el acuerdo unánime respecto de la inconveniencia de tales medios.

Los medios permitidos, en cambio, constituyen el reino del *laissez faire*. Cuando los tenemos a nuestro alcance preferimos no renunciar a ellos, en especial cuanto menores

---

[6] Es decir, *los legisladores* los consideran suficientemente relevantes para erigirlos en normas positivas respaldadas por sanciones socialmente organizadas.

[7] Cfr. Heffner, Richard D., *Historia documental de los Estados Unidos*. Buenos Aires, Arayú, 1955, pág. 6.

sean nuestras razones para temer que otros los empleen de un modo que nos perjudique.

Así, es probable que el funcionario que puede designar por su sola voluntad a un pariente o amigo en un cargo público se niegue a aceptar el sistema de concursos (aun cuando de hecho no emplee aquella facultad o haga de ella un uso criterioso), y quien dispone del poder de fijar precios reclame la libertad del mercado.

5. Los medios y las formas de gobierno

Naturalmente, la proscripción de unos medios y la permisión de otros requiere el ejercicio de poder. Es más: podríamos atrevernos a afirmar que el ejercicio del poder consiste precisamente en eso. Y, desde luego, quien ejerce el poder también persigue sus propios fines (colectivos o políticos, incluidos en un programa explícito o implícito de gobierno, e individuales, como el goce del mando, el aprecio de los súbditos, el reconocimiento de la historia, la reelección o el enriquecimiento). La persecución de estos fines es tanto más fácil cuanto menores sean las restricciones impuestas a los medios capaces de conducir a ellos; y esta reflexión conduce insensiblemente en dirección al absolutismo: casi todo gobernante juzga insuficiente su propio poder y se queja, aunque sea en privado, de los límites que se oponen a su ejercicio.

Maquiavelo fomentaría sin duda esa tendencia, pero su aprobación iría acompañada por una grave advertencia al príncipe: si el poder ha de ejercerse ilimitadamente, es preciso asegurarse de no perderlo jamás... o de huir a tiempo. A despecho de la geografía, hay que construir un mundo perfectamente plano que no amenace aplastarnos en una de sus vueltas. Si esto no es posible (y ya no lo es desde que se descubrió que la cabeza de Luis XVI sí era redonda), tal vez sea preferible negociar algunas restricciones al poder político para que todos vivamos más tranquilos. ¿Cuáles restricciones? Con esta pregunta, el problema se traslada a otro nivel.

La democracia es el sistema que se ha hallado para responder de modo más o menos flexible a ese interrogante. No sólo abre a todos las expectativas de ejercer el poder (estableciendo para ello *medios* convencionales de llegar al gobierno): suele fijar, además, ciertas restricciones mínimas a la capacidad legislativa (las garantías) y algunos mecanismos para que, aun dentro del marco de estas garantías, la proscripción o la liberación jurídicas de los medios para perseguir los fines de cada uno se ajusten en lo posible a la expresión institucionalizada de cierto consenso (el Parlamento y otros órganos colectivos).

La Constitución argentina de 1853 -por señalar el ejemplo

más cercano- ha tomado cuidadosamente en cuenta la necesidad de evitar las acumulaciones de poder que no tengan a su alrededor otras acumulaciones capaces de controlarlas. Así, el presidente no puede desafiar la autoridad del Congreso; la acción de ambos es controlada en sus efectos individuales y concretos por el Poder Judicial, que no obstante se halla obligado a aplicar normas en cuya redacción no participa, y los jueces son elegidos por el Poder Ejecutivo y destituidos por el Senado, sin perjuicio de su derecho de defensa. A esto se agrega una sabia previsión, que no siempre es apreciada en todo su valor: el presidente, los senadores y los diputados son electos por distintos períodos y los jueces son en principio inamovibles, lo que asegura una frecuente expresión de la voluntad de los electores y -a la vez- un fraccionamiento en el tiempo de los efectos de esa voluntad, de tal modo que un vuelco brusco de la opinión pública sólo produce un efecto limitado, a menos que se mantenga por algún tiempo. Sancionada en su momento por personas que deseaban fuertemente prevenir el despotismo, la Constitución trata de erigirse en una valla para quien desee perseguir sus fines (justos o injustos) por medios que la comunidad ha juzgado históricamente peligrosos o que afecten intereses dotados de consenso. Por esto ha sido tan común en nuestra historia que diversos grupos hayan tratado de eliminarla, suspenderla, sustituirla o, más modestamente, utilizar sus resquicios.

4. Conclusiones

Lo que he expuesto hasta aquí no pretende, por cierto, afirmar con efecto universal que el fin justifica los medios ni lo contrario. Tampoco comporta la ilusión de demostrar a quien no quiera ser convencido que los derechos humanos deben ser respetados, que la democracia es la mejor forma de gobierno ni que unas restricciones son mejores que otras. La tesis sustentada podría resumirse en las siguientes proposiciones:

a) El problema de los medios y los fines puede resolverse en un simple cálculo comparativo a condición de que se parta de una única escala de valores y que la solución se considere válida sólo para la óptica moral que contiene dicha escala.

b) Si a pesar de ello subsiste, su permanencia se debe a que tenemos conciencia de dos circunstancias: (i) que no existe un método intersubjetivo dotado de aceptación general para resolver las controversias éticas (idea que se mueve naturalmente en el

contexto de la teoría emotivista, provoca una crispada frustración en el intuicionismo y suscita cierta esperanzada docencia en el naturalismo), y (ii) que, sean cuales fueren nuestra teoría ética y nuestra posición moral, como consecuencia de lo anterior es preciso prevenir el uso por terceros de medios que no estamos dispuestos a padecer.

c) Por lo tanto, los hombres se esfuerzan por alcanzar ciertos acuerdos *interescalas,* para que, por encima de las escalas de valores que cada persona o grupo sustente, algunos intereses que se suponen comunes no sean afectados más allá de lo tolerable. Estas restricciones funcionan como límites de disenso moral y, aunque de hecho se hallan también sujetas a controversia, su aceptación más general las eleva ideológicamente a la categoría de *principios.*

ch) Los problemas no terminan allí, ya que subsisten dos inconvenientes: (i) no se puede confiar en la aceptación unánime de tales principios, ya que quien no los comparta no puede ser persuadido racionalmente si su disenso es profundo; y (ii) aun respecto de quienes los comparten en abstracto, no existe garantía alguna del juicio de cada individuo en una coyuntura que lo afecte personalmente, con lo que el balance axiológico del caso concreto resulte desfavorable al principio sustentado.

d) Por este motivo se juzga generalmente necesario dotar a algunos de esos principios de una garantía adicional, como su recepción en un sistema jurídico respaldado por sanciones.

e) En rigor, todo el sistema jurídico aparece destinado a respaldar de este modo las restricciones que se busca imponer a los medios con los que cada uno persigue sus propios fines. El precio de esta garantía se traduce en que es quien ejerce el gobierno el que decide, de hecho, aquellas restricciones, cuyo resultado puede no coincidir con el consenso real de la sociedad.

f) Con el tiempo, esta falta de coincidencia llegó a ser experimentada como nociva por amplios sectores que adquirieron poder. Para evitarla, muchos promovieron el sistema democrático de gobierno, donde los fines del gobernante se suponen sujetos en alguna medida a la voluntad de los electores y donde los medios se hallan en parte limitados por las garantías constitucionales y en parte controlados por un sistema de frenos y contrapesos que deriva de la división de poderes.

g) A esta estructura suelen oponerse, con éxito variable, (i) los grupos fundamentalistas, que por considerarse absolutamente seguros de sus propias escalas de valores y por juzgar sencillamente erróneas o perversas las que a ellas se oponen, no están dispuestos a aceptar restricciones *interescalas* y juzgan cada situación mediante

un balance axiológico puramente interno; y (ii) quienes en cada momento ejercen funciones de poder (político, económico o de cualquier otra naturaleza) y, por considerarse en condiciones de lograr sus fines, desean en mayor o menor medida trascender los límites que se oponen a los medios que estiman conducentes.

LOS CLÁSICOS ESPAÑOLES DEL DERECHO NATURAL Y LA REHABILITACIÓN DE LA RAZÓN PRÁCTICA

El tiempo de los iusnaturalistas clásicos españoles fue época de profundas transformaciones y cambios, de novedades y descubrimientos en el pensamiento y la existencia, que presenta grandes analogías con la nuestra. No es difícil trazar un paralelismo entre lo que supusieron los descubrimientos geográficos, a su vez, producto de descubrimientos técnicos como la brújula y la carabela, o la invención de la imprenta en la conformación del Renacimiento; y las implicaciones del descubrimiento de la energía atómica, la exploración del espacio y las nuevas tecnologías de la información y la comunicación para el orto de la actual «sociedad informatizada». Esas correlaciones no son sólo externas, su principal afinidad radica en la reproducción de determinadas actitudes vitales. Se ha aludido al asombro, inquietud y esfuerzo intelectual de quienes tuvieron que asumir el encuentro de América sin contar con categorías previas en las que alojarlo[1]. De forma similar el ciudadano de las sociedades tecnológicamente avanzadas del presente siente que se ha producido un paulatino extrañamiento respecto a su entorno natural y cultural. Las nuevas tecnologías nos asombran con una sucesión de inventos, anteriormente insospechados, que hacen que vaya perdiendo su dimensión sobrehumana la realización de actividades inalcanzables para las generaciones precedentes. El hombre actual puede asistir sin desplazarse a lo que ocurre a miles de kilómetros, ha establecido redes comunicativas a escala planetaria y tiene acceso a ingentes *stocks* de información perfectamente organizada en bancos de datos. Estas profundas transformaciones determinan que los individuos y los grupos de las sociedades informatizadas se sientan sobrecogidos

[1] E. Tierno Galván, «La angustia del tiempo y del espacio, fundamento de la Conquista de América», en *Revista de Estudios Políticos,* 1949, n.º 47, pp. 152 ss.

ante ese ambiente artificial cuyas reglas de funcionamiento, las más de las veces, desconocen[2].

En la década de los setenta, de forma casi simultánea, aparecieron en Alemania dos importantes obras colectivas respectivamente referidas a la *«rehabilitación de la Filosofía práctica»*[3] y la «Teoría constructiva de la ciencia y la Filosofía práctica»[4]. La primera había sido compilada por Manfred Riedel y la segunda por Friedrich Kambartel y fueron proseguidas por un estudio monográfico de Rüdiger Bubner, en cuyo título significativamente se alude al «renacimiento de la Filosofía práctica»[5]. El interés por la Filosofía práctica que estos trabajos estaban denunciando no puede considerarse casual, sino fruto de las aporías y urgencias de nuestra época. Desde los inicios del siglo actual se advierte una progresiva inclinación de los filósofos a reflexionar sobre cuestiones prácticas. En el período que media entre las dos Guerras Mundiales y, de forma especial, tras el final de la segunda, que dejó tras sí la consciencia universal de los más siniestros crímenes contra la humanidad, cobró mayor urgencia la atención hacia las cuestiones nodales que definen la vida social. Ahora, en la medida en que se empiezan a advertir las implicaciones planetarias de los riesgos de las nuevas tecnologías, se acrecienta el interés de los individuos y las colectividades más responsables por evaluar el impacto del progreso científico-técnico desde patrones éticos adecuados.

Los cauces *filosóficos* expresivos de esas inquietudes han sido múltiples y heterogéneos. Sin pretensión alguna de exhaustividad cabe aludir a la decantación hacia la *«filosofia della pratica»* del neoidealismo a través de Benedetto Croce, cuya alternativa marxista representada por Antonio Gramsci fue la *«filosofia della prassi»*. La Filosofía práctica gozó también de amplio consenso en el mundo anglosajón en las diferentes versiones del «pragmatismo»; e incluso el giro analítico desde los lenguajes científicos a los lenguajes usuales reforzó la atención hacia la práctica. El existencialismo y el raciovitalismo

---

[2] Cfr. mi libro, *Nuevas tecnologías, sociedad y derecho. El impacto socio-jurídico de las N. T. de la información,* Fundesco, Madrid, 1987.

[3] M. Riedel, *Rehabilitierung der praktischen Philosophie,* 2 vols., Rombach, Freiburg i. B., 1.972-74.

[4] F. Kambartel, *Praktische Philosophie und konstruktive Wissenschaftstheorie,* Suhrkamp, Frankfurt a.M., 1974. Existe trad. cast. de E. Garzón Valdés, con el título, *Filosofía práctica y teoría constructiva de la ciencia,* Alfa, Buenos Aires, 1978.

[5] R. Bubner, «Eine Renaissance der praktischen Philosophie», en *Philosophische Rundschau,* 1975, n.º 1-2, pp. 1 ss.

orteguiano situaron la actividad práctica en el propio núcleo de su reflexión. En los últimos años la Escuela de Frankfurt, la Ética dialógica y las diversas teorías sobre la argumentación no han hecho sino consolidar ese proceso rehabilitador del pensamiento práctico.

El influjo de estas orientaciones en el pensamiento jurídico ha sido profundo y extenso. Dar cuenta pormenorizada de las posturas teóricas desde las que se expresa la incidencia de la razón práctica en el Derecho equivaldría a hacer inventario de la mayor parte de las concepciones de la Filosofía y la Teoría jurídica del presente. Para evitar el desbordamiento del objeto de esta reflexión, bastará la escueta referencia a algunos de los empeños doctrinales de mayor notoriedad actual.

Pionero en la restauración del *interés jurídico por la racionalidad práctica* fue Theodor Viehweg, quien concibe la «tópica» como el método dialógico que orienta el razonamiento jurídico hacia la decisión de los casos, o problemas concretos, en los que se expresa el Derecho[6]. Deben también mencionarse los estudios sobre la nueva retórica debidos a Chairri Perelman, tendentes a mostrar la estructura argumentativa del razonamiento jurídico[7]; así como la revalorización de la razón práctica, denominada por Luis Recaséns Siches «logos de lo razonable», en la interpretación y aplicación del Derecho[8].

La relevancia general de la racionalidad práctica en los sistemas normativos ha sido objeto de un estudio de Joseph Raz, en el que concibe las «razones» *(reasons)* como relaciones entre hechos y personas, siempre que se trate de hechos con proyección normativa en cuanto que determinen la actuación debida. Raz más que de la filosofía práctica valorativa, tendente a mostrar los valores que deben perseguirse y las razones orientadoras de la acción, prefiere centrar su atención en el análisis práctico conceptual de categorías tales como la del valor, norma, acción y de la naturaleza de las reglas de inferencia que gobiernan el razonamiento práctico. Para ello propugna una filosofía general de la razón práctica, que estudiaría conceptos comunes a las diversas disciplinas prácticas (derecho, moral y política), tales como los de regla y sistema normativo. Corolario de tal premisa es su convicción de que es posible y necesario desarrollar una lógica unificada de los conceptos

---

[6] Th. Viehweg, *Topik und Jurisprudenz,* Beck, München, 1953. (De esta obra existe trad. cast. de L. Díez-Picazo, *Tópica y jurisprudencia,* Taurus, Madrid, 1964).

[7] Ch. Perelman, *Traité de l'argumentation. La nouvelle rhétorique,* en col. con L. Olbrechts-Tyteca, Editions de l'Université de Bruxelles, Bruxelles, 1970.

[8] L. Recaséns Siches, *Experiencia jurídica, naturaleza de la cosa y Lógica «razonable»,* Fondo de Cultura Económica & UNAM, México, 1971.

normativos, y que la parte básica de esa lógica no es la lógica deóntica, sino la lógica de las razones para la acción[9].

En el marco de tales inquietudes es también digno de mención el esfuerzo de Robert Alexy por sugerir reglas y procedimientos tendentes a garantizar la racionalidad de la argumentación jurídica. Se pretende evitar, de este modo, que las ineludibles valoraciones del jurista intérprete degeneren en juicios de valor subjetivos y arbitrarios. La referencia a las normas materiales y procesales aplicables al caso, la obligada consideración de los precedentes, así como las pautas orientadoras de la Dogmática jurídica institucionalmente cultivada, constituyen el horizonte en el que se proyecta la racionalidad práctica en el Derecho[10]. Josef Esser hace referencia a la necesidad de que el jurista intérprete tenga presentes las expectativas de la colectividad para que el resultado de la función hermenéutica, que posee una insoslayable dimensión práctica, goce de un amplio consenso social[11]. John Hart Ely insistirá, a su vez, en la necesidad de que la decisión judicial se vea limitada por la exigencia de ponderar los intereses de los afectados, sobre la base de una consideración igual de sus personas[12].

En estos últimos años la teoría de Ronald Dworkin ha supuesto una revalorización de la racionalidad práctica como parámetro orientador de la interpretación jurídica, que se evidencia en el requerimiento de que el juez se atenga a los *standards* o conceptos morales generales y básicos de la sociedad. El juez, ante la insuficiencia de la norma legal no puede crear normas, sino que debe recurrir a principios que expresan esos *standards* ético-políticos institucionalizados que son el soporte legitimador de las Constituciones democráticas. La teoría jurídica tiene como una de sus principales funciones la de clarificar el sentido y alcance de esa moralidad institucional. La Dogmática contribuye así a que el juez al decidir en base a principios, que expresan valores morales, disponga de pautas doctrinales de

---

[9] J. Raz, *Practical Reason and Norms,* Hutchinson, Londres, 1975. (De la segunda edición de esta obra que data de 1990 existe trad. cast. de J. Ruiz Manero, Centro de Estudios Constitucionales, Madrid, 1991).

[10] R. Alexy, *Theorie der juristischen Argumentation,* Suhrkamp, Frankfurt a.M., 1978. (Trad. cast. de M. Atienza e I. Espejo, *Teoría de la argumentación jurídica,* Centro de Estudios Constitucionales, Madrid, 1990). Cfr. M. Atienza, *Las razones del Derecho. Teorías de la argumentación jurídica,* Centro de Estudios Constitucionales, Madrid, 1991, pp. 177 ss.

[11] J. Esser, *Vorverständnis und Metodhenwahl in der Rechtsfindung,* Atheneum, Frankfurt a.M., 1970.

[12] J. Hart Ely, *Democracy and Distrust. A theory of Judicial Review,* Harvard University Press, Cambridge (Mass.) y Londres, 1980.

fundamentación racional que le auxilien en su decisión y prevengan, a la postre, la incerteza del Derecho[13].

En la dimensión institucional de las pautas de racionalidad práctica de la función judicial han hecho especial hincapié Neil MacCormick y Ota Weinberger. Los sistemas jurídicos contemporáneos requieren un alto grado de racionalidad tanto en su estructura normativa como en los procedimientos de aplicación del Derecho. La racionalidad práctica desempeña una importante función de garantía de la adecuación de las decisiones judiciales a consecuencias socialmente deseables y racionalmente fundadas. Mediante el ejercicio de la racionalidad práctica los jueces tienden a apoyar sus decisiones en criterios universalizables; es decir, rebasan objetivos particulares para perseguir aquellos valores generalizados e institucionalizados en la práctica social, que legitiman la observancia del Derecho[14].

En la actual coyuntura filosófica y filosófico-jurídica, abiertas al reconocimiento de la competencia práctica de la razón para establecer pautas éticas fundamentadoras de la convivencia social justa, la enseñanza y el ejemplo de los clásicos *iusnaturalistas hispanos* puede representar un provechoso estímulo. No en vano las reservas de Michel Villey frente a los escolásticos españoles tienen como uno de sus *leitmotiven* reprochables la intencionalidad práctica y coyuntural de sus doctrinas. La *Summa* de Tomás de Aquino responde, según Villey, a una concepción básicamente especulativa dirigida sólo al conocimiento. Por contra, Vitoria, Soto, Molina, Suárez o Vázquez se hallan especialmente interesados en la dimensión práctica de sus tesis. En lugar de cultivar el puro saber teórico, los clásicos españoles desean la «victoria de la moral cristiana» influyendo en la conciencia de los reyes, de sus funcionarios y de la comunidad de fieles; dirigiendo la opinión pública en temas como la Colonización americana, la política internacional o el gobierno de la Iglesia[15]. Ese rasgo que para

---

[13] R. Dworkin, *Taking Rights Seriously,* Duckworth, Londres, 2.ª ed. 1978. (Trad. cast. de M. Guastavino, con Prólogo de A. Calsamiglia, *Los derechos en serio,* Ariel, Barcelona, 1984); id., *A Matter of Principle,* Harvard University Press, Cambridge (Mass.) y Londres, 1985; *Law's Empire,* Fontana, Londres, 1986.

[14] N. MacCormick y O. Weinberger, *An Institutional Theory of Law,* Reidel, Dordrecht, 1986. Del capítulo XI de esta obra sobre *Los límites de la racionalidad en el razonamiento jurídico,* existe trad. cast. de M. Atienza y J. Ruiz Manero incluida en el vol. a cargo de J. Betegón y J. R. Páramo, *Derecho y Moral. Ensayos analíticos,* Ariel, Barcelona, 1990, pp. 9 ss.

[15] M. Villey, *La formation de la pensée juridique moderne,* Montschrestien, Paris, 1968, pp. 353 ss.; id., «La promotion de la loi et du droit subjectif dans la Seconde Scolastique», en obra col. a cargo de Paolo Grossi, *La Seconda Scolastica nella formazione del Diritto privato moderno* (Atti del Incontro di studio, Firenze, 16-19 octubre 1972), Giuffrè, Milán, 1973, pp. 60-61; id.,

Iglesia[16]. Ese rasgo que para Michel Villey era motivo de reproche ha sido valorado, en un reciente estudio de Rainer Specht, como la principal aportación histórica del iusnaturalismo español. La enseñanza de los clásicos hispanos: «Constituye -en palabras de Specht- un punto culminante de la Filosofía práctica formulada en términos de *moral Science,* y se cuenta entre las construcciones más impresionantes que ha forjado nuestra civilización: una Filosofía práctica que abarca toda la realidad. Que haya sido olvidado por nuestra conciencia cultural, a veces poco cuidadosa en la conservación de los fenómenos, es una de las razones que impiden hoy a la opinión pública, comprender a Europa como unidad cultural»[17].

Un somero repaso a los tratados *De legibus* y *De iustititia et iure,* títulos preferentemente utilizados por los clásicos españoles para rotular sus obras, permite advertir desde sus primeras páginas la inequívoca orientación práctica que los informa. Así, lo expresa Luis de Molina al considerar como objeto de su reflexión el contribuir a fundamentar el juicio de cuanto fuera necesario para el gobierno de la Iglesia y la utilidad de la República cristiana[18]. Francisco Suárez justifica el ocuparse de la ley, en su condición de teólogo, en la dependencia que de ésta tienen la rectitud de las costumbres, en la exigencia de examinar los motivos de la obediencia de las leyes, así como la aplicación de la filosofía moral para regir y gobernar las costumbres políticas de la cosa pública[19]. A un planteamiento análogo arriba Domingo Báñez, quien pone especial énfasis en justificar la necesidad de que los teólogos ejerciten su razón para abordar las principales cuestiones sobre la justicia y el Derecho, en cuanto que son materias que se dirigen a procurar la salud y el bienestar de los hombres. A su vez, los problemas que se derivan de la justicia y el Derecho no se pueden

---

«Saint-Thomas d'Aquin et Vitoria», en el vol., *Las Casas et Vitoria,* número monográfico de *Le Supplément (Revue d'Ethique & Théologie Morale),* 1987, marzo, n.º 160, pp. 95 ss.

[16] M. Villey, *La formation de la pensée juridique moderne,* Montschrestien, Paris, 1968, pp. 353 ss.; id., «La promotion de la loi et du droit subjectif dans la Seconde Scolastique», en obra col. a cargo de Paolo Grossi, *La Seconda Scolastica nella formazione del Diritto privato moderno* (Atti del Incontro di studio, Firenze, 16-19 octubre 1972), Giuffrè, Milán, 1973, pp. 60-61; id., «Saint-Thomas d'Aquin et Vitoria», en el vol., *Las Casas et Vitoria,* número monográfico de *Le Supplément (Revue d'Ethique & Théologie Morale),* 1987, marzo, n.º 160, pp. 95 ss.

[17] R. Specht, «Derecho natural español. Clasicismo y modernidad», trad. cast. de J. J. Gil Cremades, en *Anuario de Filosofía del Derecho,* 1990, vol. VII, p. 346. Este trabajo fue publicado en alemán en *Zeitschrift für philosophische Forschung,* 1987, pp. 169 ss. Anteriormente había publicado el artículo, «Zur Kontroverse von Suarez und Vasquez über den Grund der Verbindlichkeit des Naturrechts», en *Archiv für Rechis-und Sozialphilosophie,* 1959, n.º XIV, pp. 235 ss.

[18] L. de Molina, *De iustititia et iure,* I, 1.

[19] F. Suárez, *De legibus,* Proemium.

comprender adecuadamente si no se deducen de la Filosofía las razones de las leyes humanas[20].

¿Cuál puede ser la *contribución actual de las doctrinas iusnaturalistas clásicas hispanas* en orden a la relevancia jurídica y política de la racionalidad práctica? Rainer Specht ha resumido la aportación histórica del iusnaturalismo clásico español en tres postulados básicos: 1) Que existen principios prepositivos de justicia, que los cristianos fundamentan en un Dios que manda, prohíbe y exige responsabilidades por su observancia en el plano social y político; 2) Que la aplicación del Derecho no debe vincularse a la valoración de las personas o los grupos (como se demuestra en *De indis); 3)* Que el Derecho natural y el positivo se basan en la razón. La proyección de estas tesis al presente entraña, en función de cada una de ellas, consideraciones diferenciadas. Respecto a la primera, acepta que el Derecho se halle fundado en algo que le «precede», pero en las sociedades pluralistas actuales en las que se debe fundamentar el orden jurídico al margen de una determinada moral y de una determinada fe, para que todos los ciudadanos puedan reconocerlo como justo al margen de sus convicciones, tal fundamento no puede reposar en un determinado credo religioso. La segunda, ha hallado eco en los principios que hoy garantizan la imparcialidad del proceso: *«audiatur et altera pars», «nemo iudex in propia causa»* o *«tratar igual lo igual»*. El fundamento racional del orden jurídico, tercera de las premisas de la Escuela española, habría sido reelaborada por el iusnaturalismo clásico alemán que concibe la racionalidad como libertad. La teoría alemana del Estado hará coincidir las ideas de Derecho y razón. Por eso, la doctrina de los iusnaturalistas clásicos hispanos sigue siendo familiar a la teoría jurídica y política del presente, que es una teoría de la acción racional. No obstante, conceptos tales como los de «naturaleza», «razón» y *«res publica»* han variado notablemente en los últimos cuatrocientos años. De ahí que ahora la razón deba servirse de orientaciones históricas y sociales; y que lo que es recto no lo pueda fijar una razón abstracta, sino una razón práctica que se mueve en contextos históricos determinados y se dirige a fines concretos. Como conclusión Specht propone que para que el «obrar racionalmente», postulado nuclear del iusnaturalismo clásico español, sea compatible con la teoría de la acción propia del Derecho moderno debería traducirse a estos términos: «obrar de acuerdo con el problema objetivo y conforme a orientaciones o referencias históricas, racionalmente controladas»[21].

---

[20] D. Báñez, *De iure et iustititia decisiones,* Proemium.

[21] R. Specht, «Derecho natural español. Clasicismo y modernidad», *cit.,* pp. 352-354.

Rainer Specht, cuyo planteamiento me parece muy sugerente, no aclara qué es lo que entiende por el control racional de la acción. Este punto se halla en el centro de las actuales concepciones dialógicas. Como punto de partida estas tesis suponen un rechazo de las tesis nocognitivistas (escepticismo, relativismo, irracionalismo) en el sentido en que defienden la competencia de la razón práctica para fundamentar las normas y juicios morales. Desde sus premisas, en concreto desde las de Jürgen Habermas, el control racional de la acción tiene como *principio* la universalización, como *método* el procedimiento y como *fin* el consenso. La racionalidad de la acción exige que la norma moral que la acción cumple satisfaga el *principio de universalización,* es decir, pueda encontrar un reconocimiento general en su ámbito de aplicación. Frente al modelo de racionalidad metafísica que informa la teoría clásica del Derecho natural y que concibe la razón en función de contenidos axiológicos materiales (Dios, la Naturaleza), a partir del Derecho natural moderno, a través de Rousseau y Kant, se propugnará un *método formal.* Cuando «las razones últimas han dejado de ser plausibles, son las *condiciones formales de la justificación las que cobran fuerza legítimamente por sí mismas*. Los procedimientos y las premisas del acuerdo racional se elevan a la categoría del principio». El contractualismo desde Hobbes y Locke hasta John Rawls tendrá como objetivo «especificar las condiciones desde las que un acuerdo ha de expresar el común interés de todos los implicados (y, por ende, puede pasar como racional)»[22]. Mientras que en las teorías de signo trascendentalista, desde Kant a Apel, esas condiciones aparecen como presupuestos generales y necesarios de la formación racional de la voluntad, en un sujeto o en una comunidad ideal de comunicación. En ambas tradiciones esas condiciones formales que suplen a las razones últimas como factores de legitimación tiene como *fin el consenso*. Porque, en definitiva, «la cuestión fundamental de la filosofía práctica, una cuestión que en los tiempos modernos ha vuelto a ser acogida reflexivamente, en cuanto pregunta por los procedimientos y las premisas desde los que las justificaciones pueden tener un poder

[22] J. Habermas, *La reconstrucción del materialismo histórico,* trad. cast. de J. Nicolás Muñiz y R. García Cotarelo, Taurus, Madrid, 1981, p. 250. Vid. también sus trabajos: «Ueber Moralität und Sittlichkeit-Was macht eine Lebensform "rational"?», en el vol. a cargo de H. Schnädelbach, *Rationalität,* Suhrkamp, Frankfurt a.M., 1984, pp. 220 ss., id., «Moralität und Sittlichkeit. Treffen Hegels Einwände gegen Kant auch auf die Diskursethik zu?», en el vol. col. a cargo de W. Kuhlmann, *Moralität und Sittlichkeit. Das Problem Hegels und die Diskursethik,* Suhrkamp, Frankfurt a.M., 1986, pp. 16 ss. Cfr. mi libro, *Derechos humanos, Estado de Derecho y Constitución,* Tecnos, Madrid, 4.ª ed., 1991, pp. 163 ss.

generador de consenso... Este es el punto de convergencia al que parecen tender hoy los intentos de una renovación de la filosofía práctica»[23].

Los clásicos *iusnaturalistas españoles* fueron en la historia el *eslabón entre el Derecho natural clásico y el moderno*. Ello se refleja en su concepción de la racionalidad práctica que, como toda doctrina de transición, presenta rasgos ambivalentes. De una parte, siguen fieles a una fundamentación metafísica del orden jurídico y a unas «razones últimas» de tipo ontológico que conforman el sustrato axiológico material de sus construcciones. Pero, como contrapunto, llevan hasta sus últimas consecuencias el postulado tomista de la autonomía del orden humano regido por la racionalidad natural, respecto al orden trascendente de la fe y de la gracia. A los clásicos españoles les incumbe, por eso, un papel decisivo en el proceso de secularización del iusnaturalismo teológico medieval que condujo a la Escuela del Derecho Natural racionalista[24]. Tampoco carece de interés, en este aspecto, recordar que uno de los argumentos que arguyen los críticos de la Escuela española es su pretendido abandono del objetivismo ontológico en función de un subjetivismo que preanuncia la modernidad[25].

Suelen soslayarse las aportaciones del iusnaturalismo clásico hispano a la actitud metódica procedimentalista y, pese a ello, su contribución puede juzgarse de interés en distintas esferas[26]. La Escuela española anticipó la formación del contractualismo moderno a través de sus teorías pactistas (baste recordar la célebre distinción suareciana entre el contrato de asociación *pactum unionis* y el contrato político *pactum subjectionis*[27]). Además, sus obras representan un continuo ejercicio de la teoría de la argumentación

---

[23] *Ibid.,* p. 271.

[24] Cfr. sobre ello obra de Pierre Mesnard, *L'essor de la philosophie politique au XVIe siècle,* Vrin, París, 3.ª ed., 1969, pp. 466 ss;. así como las contribuciones recientes debidas a Franco Todescan, *Lex, natura, beatitudo. Ill problema della legge nella Scolastica spagnola del sec. XVI,* Cedam, Padova, 1973, pp. 53 ss.; id., *Le radici teologiche del giusnaturalismo laico,* Giuffrè, Milán, 1983, pp. 9 ss.

[25] Trato de ello en mi libro *El iusnaturalismo clásico español en el Quinto centenario,* en curso de publicación.

[26] Resulta sintomático que al estudiar las concepciones iusnaturalistas actuales sobre la argumentación y los principios procedimentales, Günter Ellscheid, prescinda del precedente de la Escuela española en su trabajo «Das Naturrechtsproblem. Eine systematische Orientierung», en el vol. a cargo de A. Kaufmann y W. Hassemer, *Einführung in Rechtsphilosophie und Rechtstheorie der Gegenwart,* Müller, Heidelberg, 1985, pp. 142 ss. y 157 ss. Tampoco Theodor Viehweg en su conocida obra *Topik und Jurisprudenz, cit.,* Juan-Antonio García Amado en sus *Teorías de la tópica jurídica,* Civitas, Madrid, 1988, ni M. Atienza en su libro sobre *Las razones del Derecho, cit.,* aluden a los clásicos hispanos.

[27] F. Suárez, *De legibus,* III,4,1.2.

y de racionalidad discursiva. En ocasiones, la preocupación didáctica por establecer los argumentos en pro y en contra de las distintas cuestiones abordadas en los tratados *De legibus* y *De iustititia et iure,* es causa de una cierta rigidez formal de su método expositivo. Otras veces, los procedimientos discursivos se formulan de manera más viva y directa. El ejemplo de la presentación de Francisco de Vitoria en *De Indis,* sobre los títulos legítimos e ilegítimos justificadores de la presencia española en América, o las propias controversias sobre ese mismo tema de Valladolid entre Bartolomé de las Casas y Juan Ginés de Sepúlveda, constituyen una palpitante exposición dialógica de argumentos, de distinto peso lógico y moral, tendentes a suscitar consenso (por lo demás, harto difícil) sobre el problema abordado.

Resta por aludir a la exigencia, hoy presente en casi todas las tentativas antes apuntadas de proyectar la razón práctica al Derecho, de operar con consciencia histórica. La racionalidad práctica no puede actuar al margen de esas «orientaciones o referencias históricas» a las que aludía Specht; de ser sabedora de que sus principios o reglas sobre la ordenación justa del orden social no pueden abstraerse de contextualización. Incluso quienes, como es el caso de José Delgado Pinto, abogan en favor de una situación ideal de discusión racional capaz de «enunciar no sólo fórmulas vacías, sino verdaderos principios materiales de justicia universalmente válidos», supeditan tales principios al «contraste racional» y los circunscriben «a los problemas concretos que plantea la convivencia en cada sociedad histórica»[28].

Es sabido que una de las críticas más penetrantes esgrimidas contra el iusnaturalismo clásico y moderno ha sido la de su ahistoricismo. La cultura filosófica y jurídica de nuestros días no acepta la existencia de un orden objetivo integrado por postulados universales, absolutos e inmutables de los que la razón pudiera extraer, de una vez por todas, los principios ordenadores de las sociedades justas[29]. Ésta puede ser una importante cortapisa al

[28] J. Delgado Pinto, *De nuevo sobre el problema del Derecho natural,* Ediciones Universidad de Salamanca, 1982, p. 33.

[29] Frente al iusnaturalismo dogmático basado en un objetivismo ontológico, estimo más acorde con las exigencias filosóficas y jurídicas del presente un iusnaturalismo crítico, que propugna una racionalidad práctica intersubjetiva y concibe la naturaleza como el conjunto de necesidades antropológicas que enmarcan el devenir histórico de las sociedades. Cfr. mis libros: *Lecciones de Filosofía del Derecho. Presupuestos para una filosofía de experiencia jurídica,* Minerva, Sevilla, 3.ª ed., 1988, pp. 53 ss.; *Derechos humanos, Estado de Derecho y Constitución, cit.,* pp. 162 ss.; y *Los derechos fundamentales,* Tecnos, Madrid, 4.ª ed., 1991, pp. 128 ss.

influjo actual de las ideas sobre la racionalidad práctica de los clásicos iusnaturalistas españoles. Pero no sería lícito olvidar que, precisamente, uno de los aspectos más encomiados de la Escuela española, en relación con los excesos «ucrónicos» de la Escuela racionalista del Derecho natural, ha sido el de su sensibilidad hacia lo concreto y su apertura a lo histórico. En los inicios de nuestro siglo Joseph Kohler, en un estudio que ha devenido indispensable, valoró la flexibilidad de la concepción iusnaturalista de los clásicos españoles. Para ellos el Derecho natural no es un código rígido e inmutable sino que, respetando el carácter universal e incondicionado de los primeros principios, admiten la adaptación de sus derivaciones a las circunstancias históricas. Los *magni hispani* supieron aplicar los principios generales del Derecho natural aristotélico-tomista a las exigencias concretas de su tiempo, ofreciendo soluciones a numerosos conflictos éticos, jurídicos y políticos. Su método constituye, por eso -en opinión de Kohler-, un valioso ejercicio de racionalidad práctica que puede ser útil a los juristas, en cuanto que su labor suele tener por objeto la aplicación de normas generales a la peculiaridad de los casos planteados[30].

He invocado, en el inicio de este comentario y para justificar su tematización, las concomitancias existentes entre nuestra época y la que vivieron los clásicos españoles. Esas analogías no bastan para difuminar una distancia de cuatro siglos. Lo mismo ocurre con las construcciones teóricas de aquel período. Su conocimiento, con vistas a la conformación de nuestros actuales esquemas de racionalidad práctica resulta útil, casi diría que inevitable, si deseamos actuar con consciencia diacrónica y aprovechar la experiencia de sus aciertos y fallos. Pero lo que no es posible es trasladar sin más, como en alguna ocasión se ha pretendido, aquellos esquemas al presente. El ejercicio actual de la racionalidad práctica puede y debe contar con las aportaciones de otras tradiciones culturales, así como con los datos últimos de la evolución del pensamiento filosófico y científico. La racionalidad práctica no puede imaginarse al margen de la criba racional, o sea, autocrítica que depure sus propios métodos y sistemas operativos.

[30] J. Kohler, «Die spanischen Naturrechtslehrer des 16. und 17. Jahrhunderts», en *Archiv für Rechts-und Wirtschaftsphilosophie,* 1916-17, pp. 235 ss.

N O T A S

LOS PRINCIPIOS JURÍDICOS SEGÚN MANUEL ATIENZA Y JUAN RUIZ MANERO

1. Principios en sentido estricto

Permítaseme abordar sólo uno de los muchos problemas discutidos en *Three Approaches to Legal Principles,* de Manuel Atienza y Juan Ruiz Manero.

Atienza y Manero definen *los principios en sentido estricto* en términos del alcance de aplicación de una norma: un principio define los casos a los que es aplicable «de forma abierta, mientras que las reglas lo hacen de forma cerrada».

2. Un ejemplo alexiano

Permítaseme comparar esta teoría con un análisis de un ejemplo sueco a la luz de la teoría de Robert Alexy (cf. Peczenik, *On Law and Reason,* Dordrech / Boston / London: Kluwer, 1989, pp. 74 ss.). El Cap. 1 Sec. 2 de la Constitución sueca *(Regerins formen)* estipula lo que sigue: «El poder público debe ejercer con respeto al igual valor de todos los seres humanos y a la libertad y dignidad de cada persona individual». Esta disposición expresa *tres* principios, ya que quienes estén en el poder deben respetar (1) la igualdad, (2) la libertad y (3) la dignidad de cada individuo. Cada principio puede ser una razón *prima-facie* para la acción. Pero pueden colisionar de manera tal que, por ejemplo, un incremento de respeto por la igualdad en el caso particular de que se trate pueda causar una disminución de la libertad y viceversa. Se necesita entonces un acto de sopesar y ponderar para escoger entre ellos en un caso individual.

3. Una adaptación del ejemplo alexiano al lenguaje de Atienza-Manero

Un aspecto de la teoría de Alexy puede expresarse en la terminología de Atienza-Manero de la siguiente manera: Un prin*cipio prima-facie* establece un ideal que puede ser llevado a efecto *en una cierta clase de casos, más o menos extensa.* Para determinar la clase, se deben sopesar y ponderar varias razones *prima-facie.* Se debe, así, mirar a que, por ejemplo, un pequeño incremento *del número de casos en los que prevalece la igualdad* no cause una disminución demasiado grande *del número de casos en los que prevalece la libertad;* y tampoco un pequeño *incremento del número de casos en los que la libertad vence debe pagarse con una disminución demasiado grande del número de casos en los que vence la igualdad.*

4. La principal diferencia entre las teorías

Por otro lado, un principio alexiano nunca vence *totalmente,* por ejemplo, cuando prevalece la igualdad en un cierto caso, sigue existiendo no obstante alguna libertad. Esta forma de ver la colisión de principios en sentido estricto *no* es accesible a Atienza y Manero, dado que ellos asumen que tales principios *no pueden ser cumplidos en diversos grados;* véase sección 10 *infra.*

5. Sopesar reglas

¿Cómo afecta esta diferencia a la distinción entre *reglas* y principios? La cuestión es difícil porque no sólo los principios sino también algunas reglas crean un deber meramente *prima-facie* y por consiguiente exigen deliberación (esto es, sopesar y ponderar, cf. Peczenik, *op. cit.,* pp. 80 ss.).

6. Una distinción alexiana entre reglas y principios es posible a pesar de la necesidad de sopesar reglas

En un lenguaje alexiano, se puede, entre otras cosas, indicar las siguientes diferencias entre reglas y principios.

1. En los casos *rutinarios* ("fáciles"), se deben seguir las reglas jurídicas socialmente establecidas sin ninguna necesidad de sopesar y ponderar. Por otra parte, ningún caso que implique principios es fácil.

2. Hay grados de obediencia en relación con los principios. Por otra parte, una regla puede sólo ser obedecida o no. No hay grados de obediencia.

7. ¿Es algún caso fácil?

Ambas distinciones requieren discusión. Primero de todo, un acto de sopesar y ponderar es necesario para determinar si el caso bajo adjudicación es fácil o no. Atienza y Manero han afirmado lo siguiente: «Un caso es fácil precisamente cuando la subsunción de unos determinados hechos bajo una determinada regla no resulta controvertible *a la luz del sistema de principios* que dan sentido a la institución o sector normativo de que se trate».

8. Las reglas jurídicas como razones amplificadoras

Ellos extraen la siguiente conclusión. En el caso de las reglas jurídicas, «podemos hablar de una *deliberación normativamente guiada* [...], siendo admisible la toma en consideración de otras razones únicamente en la medida en que las propias pautas jurídicas lo permitan».

Me inclino a concordar con esta observación. Sin embargo, me parece que las «pautas jurídicas» permiten tomar en cuenta *todas* las consideraciones moralmente relevantes.

Por esa razón, permítaseme añadir lo siguiente: las normas jurídicas establecidas constituyen razones *prima-facie,* que han de ser sopesadas y ponderadas con otras razones. Estas razones *prima-facie* son razones de primer orden para la realización de una cierta acción, H, y, al mismo tiempo, razones de segundo orden. En esta última capacidad, indican que las razones para no hacer H pueden prevalecer sólo si son particularmente fuertes, esto es, claramente más fuertes de lo que necesitan ser en un debate moral libre (cf. *On Law and Reason, op. cit.,* pp. 240 ss.).

9. ¿Grados de cumplimiento de los principios?

Por lo que respecta a la segunda distinción entre principios y reglas, los autores la rechazan explícitamente. Según ellos, «la tesis [de Alexy] de que los principios pueden ser cumplidos en diversos grados es verdadera por lo que se refiere a las directrices o normas programáticas, pero no lo es en el caso de los principios

en sentido estricto». Considérese, por ejemplo, el art. 14 de la Constitución española: «los españoles son iguales ante la ley, sin que pueda prevalecer discriminación alguna por razón de nacimiento, raza, sexo, religión, opinión o cualquier otra condición o circunstancia personal o social». «La indeterminación característica de los principios la encontramos aquí únicamente en la configuración abierta de las condiciones de aplicación, pero no en la descripción de la conducta prohibida: discriminar». Atienza y Ruiz Manero rechazan también la asunción de Alexy de que los principios son mandatos de optimización: «los principios en sentido estricto son mandatos de optimización únicamente en el sentido de que, al estar configuradas de forma abierta sus condiciones de aplicación [...], pero una vez que se ha determinado que en ese caso prevalece el principio, éste exige un cumplimiento pleno».

Sin embargo, el ejemplo *no* falsa la teoría de Alexy, dado que el artículo 14 de la Constitución española es una *regla* (vaga), no un principio en el sentido de Alexy. Por otro lado, disposiciones tales como el Cap. 1 Sec. 2 de la Constitución sueca (véase *supra,* sección 2), que son principios en este sentido, *pueden* ser cumplidos en diversos grados.

10. ¿No hay una distinción clara entre reglas y principios?

Atienza y Manero proponen otra distinción, que es la siguiente: un principio en sentido estricto define los casos a los que es aplicable «de una manera abierta, mientras que las reglas lo hacen de una manera cerrada [...]: no se trata sólo de que las propiedades que constituyen las condiciones de aplicación tengan una periferia mayor o menor de vaguedad, sino de que tales condiciones no se encuentran siquiera genéricamente determinadas. El tipo de indeterminación que afecta a los principios es, pues, más radical que el de las reglas». En mi opinión, sin embargo, la distinción no es suficientemente clara. ¿En qué consiste esta radical indeterminación? No en la necesidad de pesar, que se aplica también a las reglas. Tampoco en la posibilidad de diferentes grados de cumplimiento de los principios, explícitamente negada por los autores. ¿En qué otra cosa, entonces?

11. ¿Por qué principios?

Con independencia de la respuesta que se dé a esta cuestión, hay que responder a otra cuestión más profunda. ¿Por qué son

útiles los principios, en todo caso, en la justificación jurídica? Atienza y Manero indican que «los principios son [...] más que las reglas [...] en dos sentidos. Por un lado, porque al estar enunciados -o poder enunciarse- en términos más generales [...], tienen un mayor alcance justificatorio. Por otro lado, [...] [tienen] una mayor fuerza expansiva. Así, por ejemplo [...], a partir del principio de que "todos los españoles tienen derecho a una vivienda digna" conjuntamente con el enunciado de que "abaratar los créditos para viviendas facilita que un mayor número de personas acceda a una vivienda digna" puede concluirse, cuando menos, que "hay una razón para que el Estado abarate los créditos la compra de viviendas"».

Sin intentar explicar el término «fuerza expansiva», se puede indicar que la principal fuente de la fuerza justificatoria de los principios consiste en su vínculo uno-a-uno con los correspondientes valores. Cada principio corresponde a un valor determinado, estipula, por ejemplo, que la igualdad, la libertad y la dignidad son valiosas. Atienza y Manero se acercan a este punto, pues afirman que un principio en sentido estricto «expresa los valores superiores de un ordenamiento jurídico (que son el reflejo de una determinada forma de vida)».

Un valor puede ser definido como un criterio de valoración. Cada criterio puede satisfacerse hasta un cierto grado, mayor o menor (cfr. Alexy, *Theorie der Grundrechte,* Baden-Baden 1985: Nomos, pp. 130 ss.). Cada principio exige que el valor al que él mismo corresponde sea respetado tanto como sea posible.

Pero si éste es el caso, la posibilidad de cumplir principios en diversos grados, mayores o menores, es la propiedad más esencial de los principios. Y Alexy tiene razón, mientras que la crítica de Atienza y Manero a su teoría no es suficientemente profunda.

Por otra parte, los principios en sentido estricto, según Atienza y Manero, pueden ser útiles, también, cuando el legislador tiene una razón para hacer una regla «fija» que resulte aplicable a un conjunto «no fijo» de casos, como ocurre por ejemplo en el supuesto de las *cláusulas generales.* Una pregunta interesante es la de cuáles son las condiciones que hacen justificable esta clase de legislación.

OBJECIONES DE PRINCIPIO. RESPUESTA A ALEKSANDER PECZENIK Y LUIS PRIETO SANCHÍS

Nuestro trabajo sobre los principios jurídicos ha sido objeto de un buen número de críticas, la mayor parte formuladas oralmente en diversos seminarios en los que hemos tenido ocasión de discutirlo[1].

En uno de estos seminarios -el *II Spanish-Finnish Seminar on Legal Theory* celebrado en Tampere en septiembre del año pasado- Aleksander Peczenik presentó un breve trabajo que se publica en este mismo número de *Doxa* y que viene a ser una crítica global de la concepción de los principios jurídicos defendida por nosotros. Otro tanto ocurre -aunque obviamente la discusión es aquí más amplia y no se circunscribe a nuestras tesis, sino que abarca las diversas concepciones de los principios jurídicos presentes en la actual discusión iusfilosófica- con el capítulo primero del libro de inminente aparición de Luis Prieto Sanchís sobre los principios en el Derecho.

Esta nota trata de responder a ambos. Vale la pena indicar de entrada que tanto Peczenik como Prieto critican los ejes centrales de nuestra contribución y que, con las naturales diferencias de acento, en sus textos podemos encontrar asimismo lo esencial de las críticas que verbalmente nos han hecho otros filósofos del Derecho. Tratar de responderles constituye, pues, un excelente bando de pruebas para nosotros.

Lo esencial de las críticas que nos dirigen Prieto y Peczenik puede -nos parece- agruparse en los dos puntos siguientes: a) nuestra defensa del entendimiento de las reglas jurídicas de mandato

[1] Una primera versión de este trabajo se publicó en el n.º 10 de *Doxa* con el título de «Sobre principios y reglas» y fue discutida en el seminario sobre problemas actuales de la teoría del Derecho en Estados Unidos y en España celebrado en el Centro de Estudios Constitucionales en junio de 1991. Una versión posterior, más amplía, con el título de «Three Approaches to Legal Principles» fue presentada en el II Finnish-Spanish Seminar on Legal Theory y se encuentra pendiente de publicación.

como razones perentorias y nuestra consideración de que tales reglas se diferencian de los principios en sentido estricto en que aquellas configuran el caso de forma «cerrada» mientras que éstos lo hacen de forma «abierta»; b) nuestra concepción de los principios en sentido estricto como normas que exigen un cumplimiento pleno, esto es, que no admiten modalidades graduables de cumplimiento. Podría pensarse que en (a) hay al menos dos cuestiones distintas, pero nos parece que, tanto en nuestro planteamiento como en las críticas de Prieto y Peczenik, se trata más bien de dos aspectos distintos de la misma cuestión: pues el que las reglas puedan operar como razones perentorias implica, como condición necesaria, el que determinen de forma «cerrada» sus condiciones de aplicación.

a) *Las reglas de mandato como razones perentorias y los principios como razones no perentorias; determinación "cerrada" o "abierta" de las condiciones de aplicación.*

En *Sobre principios y reglas* asumimos, por un lado, la caracterización de las normas de Alchourrón y Bulygin como correlaciones entre casos genéricos (conjuntos de propiedades) y soluciones normativas y, por otro, la caracterización de Hart de las razones jurídicas autoritativas como razones perentorias e independientes del contenido. Asumimos ambas caracterizaciones circunscribiendo expresamente su alcance a las *reglas jurídicas de mandato,* esto es, dejando fuera otros tipos de reglas que (como las permisivas o las que confieren poderes) quedaban fuera de nuestra consideración y dejando fuera también, ya dentro de nuestro tema, a los principios, a los que tratábamos de caracterizar *estructuralmente* en contraposición a la caracterización ofrecida por Alchourrón y Bulygin y, desde la perspectiva que llamábamos *funcional,* en contraposición a la caracterización hartiana. Nuestros críticos han captado bien el engarce entre ambas asunciones: pues, en efecto, si las reglas pueden constituir no sólo razones de primer orden para realizar la acción exigida sino también razones de segundo orden para, en los términos de Hart, «excluir o suprimir cualquier deliberación independiente por parte de su destinatario sobre los argumentos en pro y en contra de realizar la acción», ello es sólo porque configuran de forma «cerrada» sus condiciones de aplicación. Tanto Prieto como Peczenik siguen, desde perspectivas distintas, un mismo hilo argumentativo: la pretendida configuración «cerrada» de las condiciones de aplicación no es tal y, por tanto, las reglas no pueden constituir razones perentorias.

a') *Las críticas de Prieto*

Empecemos con las objeciones de Prieto, que citamos *in extenso* para tratar de analizarlas posteriormente paso a paso. Con arreglo a cierta interpretación -escribe este autor-.

> «lo que diferenciaría a reglas y principios es que *a priori* o antes de su aplicación podemos discernir con precisión en qué casos deberá observarse una norma, dado que el ordenamiento prevé o debe prever todas las posibles excepciones a su aplicación, mientras que los principios no disponen ni pueden disponer de una cláusula de este género. [...] En consecuencia, la diferencia residiría en que así como podemos conocer a ciencia cierta cuando se impone la solución prevista en una norma, existe un margen de duda a propósito de la solución avalada por un principio».

Entre quienes sostienen esta tesis, Prieto cita a Dworkin y a nosotros: «Aunque con importantes diferencias respecto de Dworkin, me parece que entre nosotros M. Atienda y J. Ruiz Manero siguen una exploración semejante». Cita nuestra tesis de que las reglas configuran de forma «cerrada» sus condiciones de aplicación mientras que los principios lo hacen de forma «abierta» y añade que «a este criterio de distinción estructural Atienza y Ruiz Manero superponen otro funcional», esto es, la consideración de que, mientras que las reglas constituyen razones perentorias, los principios son meramente razones de primer orden. «Si he entendido bien -prosigue- esto significa que las reglas deben contener todas las excepciones posibles a su aplicación y de ahí que, seleccionada la norma, no sea preciso ponderar ninguna otra norma o principio; los principios, en cambio, se caracterizarían por concurrir con otros principios». Esta manera de entender la distinción entre reglas y principios estaría, a juicio de Prieto, viciada de raíz por partir de «una errónea presentación de las reglas». Pues,

> «en efecto, muchas veces en el razonamiento jurídico las reglas aparecen como criterios hermenéuticos y no como reglas específicas y exhaustivamente comprensivas del caso examinado, exigen también con frecuencia conjugarse con otros estándares jurídicos (principios o normas), lo que matiza o altera su alcance y el propio ámbito de aplicación y, en fin, ofrecen siempre una textura abierta o vaguedad potencial en su significado, de modo que no enuncian de un modo completo y absoluto un catálogo de posibles excepciones a su aplicación. En este sentido, la postura comentada parece mostrar excesiva confianza en la finitud lógica, ya que no

> del sistema en su conjunto, al menos del sistema de reglas». Pues «parece bastante improbable que alguien fuera capaz de catalogar por completo las posibles excepciones a la aplicación de una solución normativa: de un lado porque, por vía legislativa o jurisprudencial, siempre pueden aparecer nuevas excepciones -vgr. la aparición de una nueva eximente o atenuante penal- y, de otro, porque los cambios en la interpretación del Derecho pueden también dar entrada, bajo el tipo de antiguas excepciones, a nuevas circunstancias -vgr. considerar que la inmunidad parlamentaria que exceptúa o condiciona el ejercicio de la acción penal se extiende a los representantes de una Cámara autonómica-. Es más, el problema no es sólo de defecto o de no conocer todas las excepciones, sino también de exceso, esto es, de no saber *a priori* qué casos no contemplados en la norma habrían de recibir sin embargo un mismo tratamiento merced al método analógico. En definitiva, la cuestión de cuándo no debemos aplicar una norma, por existir alguna excepción, así como la de hasta dónde podemos aplicarla, por resultar factible el recurso a la analogía, parece bastante más compleja de lo que dan a entender las ideas del "todo o nada" o de las "razones perentorias"». «Y paradójicamente -concluye Prieto- como ha observado Alexy, la existencia de principios explica en buena medida por qué la imagen del "todo o nada" no se adecua ni a las reglas ni a los principios. Pues si se sostiene que no cabe enumerar las excepciones a los principios y, por tanto, tampoco los supuestos de aplicación, pero se sostiene, en cambio, que los principios sí pueden exceptuar a las reglas, resultará en suma que lógicamente tampoco podemos saber los casos de excepción a las reglas».

Para responder a esta crítica debemos tratar separadamente las diversas cuestiones implicadas en ella:

1) Una primera distinción que resulta importante aquí -y que Prieto parece pasar por alto- es la que diferencia entre casos genéricos y casos individuales. Los casos genéricos no son otra cosa que conjuntos de propiedades. Por ello, un *sistema de reglas* que contuviera una regla general excluyente que permitiera todo aquello que no está comprendido por las prohibiciones que las reglas particulares correlacionan con las descripciones de los casos genéricos que ellas mismas contienen, carecería de *lagunas normativas,* sería un *sistema completo,* o, como prefiere decir Prieto, *lógicamente finito,* en relación con los casos genéricos. Otra cosa es que en la descripción de los casos genéricos hubiese problemas de indeterminación semántica, de tal forma que, frente a un caso individual (o menos genérico que el descrito en la regla), surgieran dudas acerca de su pertenencia a alguno de tales casos genéricos.

En tal sistema, aunque carente de *lagunas normativas,* sí se presentarían supuestos de lo que Alchourrón y Bulygin han llamado *lagunas de reconocimiento* (esto es, el tipo de dudas surgidas por los problemas de indeterminación semántica a que acabamos de hacer referencia). Pues bien, en *Sobre principios y reglas* teníamos muy en cuenta esta distinción entre casos genéricos y casos individuales e indicábamos que asumíamos «la concepción de las normas que encontramos en *Normative Systems,* esto es, como correlaciones entre casos genéricos (conjuntos de propiedades) y soluciones (esto es, la calificación normativa de una determinada conducta)» y también que «las indeterminaciones semánticas» que pueda presentar una disposición «no afectan a su carácter de regla». De forma que la insistencia, plenamente razonable, de Prieto en que las reglas «ofrecen siempre una textura abierta o vaguedad potencial en su significado» ni quita ni pone en relación con el problema de la configuración «cerrada» de sus condiciones de aplicación. Porque lo que las reglas configuran a nuestro juicio de forma «cerrada» son los casos genéricos que constituyen sus condiciones (genéricas) de aplicación, mientras que el problema de la textura abierta o vaguedad potencial se da en otro ámbito, en el de la subsunción de casos individuales en tales descripciones genéricas. A este ámbito pertenece el ejemplo puesto por Prieto, cuando alude a que «los cambios en la interpretación del Derecho pueden también dar entrada, bajo el tipo de antiguas excepciones, a nuevas circunstancias -vgr. considerar que la inmunidad parlamentaria [...] se extiende a los representantes de una cámara autonómica». En tal caso, estaríamos ante un supuesto de vaguedad del término «parlamentario» que plantea dudas, finalmente resueltas positivamente, acerca de si los miembros de una asamblea legislativa autonómica están comprendidos o no en la descripción del caso genérico («ser parlamentario») de la regla que concede la inmunidad a quienes reúnan tal propiedad. Pero esto no tiene nada que ver con que la regla correspondiente configurara de forma «cerrada» sus condiciones (genéricas) de aplicación, cosa que desde luego hacía: si alguien es parlamentario, entonces goza de inmunidad; si no lo es, no goza de ella[2].

[2] La idea de que en las reglas las condiciones de aplicación están configuradas en forma cerrada (a diferencia de lo que ocurre en los principios) puede aclararse, un tanto paradójicamente, recurriendo a la obra de autores que, como Alchourrón y Bulygin, no ven precisamente con simpatía la distinción reglas / principios. En un artículo de 1988 («Condicionalidad y la representación de las normas jurídicas» en Alchourrón-Bulygin: *Análisis lógico y Derecho,* CEC, Madrid, 1991), Alchourrón se plantea el problema de cómo formalizar adecuadamente (esto es, en forma que sea concorde con la interpretación intuitiva común) las normas

2) La consideración de que las reglas configuran de forma «cerrada» sus condiciones de aplicación no niega, pues, sino que es compatible con la admisión de que la descripción de tales condiciones puede presentar una zona de penumbra en relación

---

jurídicas. El problema consiste en que las normas subordinan el establecimiento de obligaciones o el otorgamiento de derechos a que se cumplan determinadas condiciones. Sin embargo, usualmente las normas no mencionan expresamente todas las condiciones requeridas para que surja la obligación o el derecho correspondiente, sino que, en general, suelen omitirse aquellas condiciones negativas cuya presencia impide el nacimiento de un derecho u obligación. Y ello plantea problemas del siguiente tipo. Supongamos que un sistema normativo incluye estas dos normas:

(1) Los jueces deben castigar a los que han cometido homicidio.

(2) Los jueces no deben castigar a los menores de edad.

Si partimos de una lógica proposicional bivalente y una lógica deóntica estándar, sus esquemas lógicos serían, respectivamente:

(3) p ›Oq.

(4) r ›O-q.

Pero de lo anterior se deriva que en el caso en que se den conjuntamente la condición de aplicación de la primera norma (haber cometido homicidio: p) y de la segunda (ser menor de edad: r), los jueces se encuentran ante un conflicto de obligaciones. Pues (en virtud de la ley de refuerzo del antecedente), a partir de (3) podría derivarse p.r ›Oq, y a partir de (4), p.r ›O-q. Es decir, que el sistema jurídico le lleva al juez a concluir tanto la obligación de castigar como la obligación de no castigar a quien haya cometido homicidio y sea menor de edad.

Para resolver ese problema, Alchourrón, por un lado, distingue entre el lenguaje de las normas del sistema y el metalenguaje que describe las obligaciones resultantes conforme al sistema en cuestión y, por otro lado, introduce una relación que confiere prioridad y preferencia en ciertas condiciones a una norma respecto de otra. Esto es, él entiende que en el caso en cuestión se plantea, en efecto, un conflicto de obligaciones -en el nivel de las normas-, pero el conflicto se resuelve -en el nivel del metalenguaje- porque la norma (4) tiene prioridad sobre la (3). Por ello, frente a la pregunta de «¿qué debe hacer el juez en el caso p.r.?», la respuesta es, simplemente, que no debe castigar.

Ahora bien, Alchourrón muestra que en los sistemas jurídicos que incluyen el tipo de relación ordenadora antes señalada (una relación transitiva y asimétrica) no pueden producirse conflictos de obligaciones bajo ninguna condición (salvo la imposible); pues lo obligatorio viene determinado no sólo por el contenido conceptual de las normas sino también pro su orden jerárquico. Pero lo que él parece descartar es que en un sistema jurídico existan normas que establezcan soluciones normativas incompatibles sin que se dé entre ellas la relación de orden antes indicada y sin que se trate tampoco de un caso de antinomia (por ausencia de tal relación de orden). Y esto es lo que ocurre, a nuestro juicio, con los principios: éstos establecen obligaciones configurando sus condiciones de aplicación de la manera que hemos llamado *abierta,* esto es, *negativa* -«obligatorio p salvo que esta obligación sea desplazada por un principio que en relación con el caso tenga un mayor peso»- y *carente de ordenación* -pues el sistema no predetermina el orden jerárquico (el «peso relativo») en caso de concurrencia de principios. De ahí que para resolver un caso en el que están involucrados principios sea precisa una operación intermedia, esto es, el estable-

con la cual sea dudosa la subsunción de un determinado caso individual. Tampoco nos parece, desde luego, que plantee dificultades a nuestra concepción el hecho de que «por vía legislativa o jurisprudencial, siempre pueden aparecer nuevas excepciones» a la aplicabilidad de una regla. Que las autoridades normativas del sistema pueden cambiar éste, restringiendo las condiciones de aplicación de una determinada solución normativa es, naturalmente, algo obvio; la consideración de que las reglas configuran de forma «cerrada» sus condiciones de aplicación se limita, como es fácil suponer, a las reglas existentes en un momento dado y no implica, desde luego, que quienes la sostenemos nos atribuyamos ninguna forma de presciencia de la conducta futura de las autoridades normativas. El conocimiento por parte de Dios de los futuros contingentes ya plantea suficientes y arduos problemas a los teólogos como para que nadie desee compartirlo.

3) La admisibilidad de solucionar normativamente un caso no regulado por el sistema mediante el argumento por analogía, aunque es un problema más serio, tampoco nos parece que plantee especiales dificultades a nuestra concepción. Lo que la admisibilidad del argumento por analogía muestra es precisamente que, ante la imposibilidad de subsumir un caso individual dentro de las condiciones de aplicación de una regla preexistente (y precisamente porque estas condiciones de aplicación tienen carácter «cerrado»), el juez ha de *construir,* para que sirva de fundamento a su decisión, una regla general que correlacione otras condiciones de aplicación con la misma solución normativa que una regla preexistente correlaciona con condiciones de aplicación que el juez entiende como sustancialmente semejantes. Y tal relación de semejanza no puede afirmarse (o negarse) más que en base al principio que explica y justifica la regla preexistente. Es decir, el argumento por analogía implica siempre una utilización de principios, aunque ello no signifique tampoco que el recurso a la analogía y a los principios sea una misma cosa. En realidad, la analogía es un argumento -o, mejor, una estructura de argumentación-, mientras que los principios son un material que necesariamente debe usarse en ese tipo de argumentación.

4) Prieto no objeta nuestra tesis de que los principios configuran de forma «abierta» sus condiciones de aplicación. Pero afirma que de ello se sigue una consecuencia que invalidaría

---

cimiento (a partir de dichos principios) de una nueva regla. A esa operación consistente en transformar los principios en reglas es a lo que se suele llamar *concreción.* Sobre ello volveremos más adelante, a propósito de lo que llamábamos *la fuerza expansiva* de los principios y que, según nos ha hecho notar Peczenik, no explicábamos suficientemente.

nuestra caracterización de las reglas: «si se sostiene -escribe- que no cabe enumerar las excepciones a los principios y, por tanto, tampoco los supuestos de aplicación, pero se sostiene, en cambio, que los principios sí pueden exceptuar a las reglas, resultará en suma que lógicamente tampoco podemos saber los casos de excepción a las reglas». En esto Prieto tiene razón, pero ello no tiene para nuestra propuesta las consecuencias devastadoras que él presume, aunque desde luego nos obliga a precisar -como ya lo hicimos en *Sobre principios y reglas*- los límites dentro de los cuales asumimos la tesis de que las reglas configuran de forma «cerrada» sus condiciones de aplicación y constituyen -cuando se dan tales condiciones de aplicación- razones perentorias.

Es cierto, a nuestro juicio, que la aplicabilidad de toda regla está condicionada a que no suceda que su aplicación entre en conflicto con un principio que, en relación con las propiedades relevantes del caso, tenga un mayor peso. Tras reconocer esto uno puede, desde luego, concluir, al modo de los realistas, que las reglas no son más que juguetes vistosos, que el razonamiento jurídico es siempre radicalmente abierto, y entregarse, a continuación, al gimoteo sobre la indeterminación tan habitual en los autores de *Critical Legal Studies*. El problema de tal tipo de orientaciones es -como tantas veces se ha puesto de relieve- que chocan con la evidencia de que, en relación con la inmensa mayoría de los casos individuales que se presentan ante los tribunales, su subsunción bajo el caso genérico contemplado en una regla general -y el dictado de una sentencia así fundamentada- no da lugar a ningún tipo de controversia entre la comunidad jurídica.

Para poder dar cuenta adecuadamente de ambas circunstancias -la subordinación de la aplicabilidad de las reglas a los principios y el hecho de que la inmensa mayoría de los casos se solucionan mediante la aplicación no controvertida de reglas- propusimos entender la manera como el Derecho guía el razonamiento de sus órganos de aplicación como una estructura de dos niveles: en un primer nivel, decíamos, el Derecho «impone a los órganos jurisdiccionales el deber de componer un balance de razones integrado únicamente por las constituidas por las pautas jurídicas, siendo admisible la toma en consideración de otras razones únicamente en la medida en que las propias pautas jurídicas lo permitan»; en un segundo nivel, «tal balance de razones remite, no en todos los casos pero sí en la mayoría, a adoptar como base de la resolución una regla jurídica, esto es, una razón perentoria». De modo que la configuración «cerrada» por parte de las reglas de sus condiciones de aplicación (y la operatividad de las propias reglas como razones

perentorias) sólo opera, a nuestro juicio, en este segundo nivel. Al que se pasa, por cierto, cuando el principio de que «debe hacerse lo prescrito por las reglas jurídicas» no resulta desplazado, en el primer nivel, por un principio que, en relación con el caso, tenga un mayor peso. Pero cuando tal principio de que «debe hacerse lo prescrito por las reglas jurídicas» no resulta desplazado, la regla jurídica bajo la que se subsume el caso individual opera en el razonamiento del órgano jurisdiccional como una razón perentoria para dictar una resolución cuyo contenido corresponda al de la regla.

a") *Las críticas de Peczenik*

Aleksander Peczenik impugna nuestra consideración de que los principios constituyen meramente razones de primer orden para decidir en un determinado sentido mientras que las reglas serían razones «perentorias» o «protegidas». Escribe, así, que

> «no sólo los principios, sino también algunas reglas crean un deber meramente *prima-facie* y por consiguiente exigen deliberación».

Y más adelante:

> «Me parece que las "pautas jurídicas" permiten tomar en cuenta *todas* las consideraciones moralmente relevantes [...]. Las normas jurídicas establecidas constituyen razones *prima-facie,* que han de ser sopesadas y ponderadas con otras razones. Estas razones *prima-facie* son razones de primer orden para la realización de una cierta acción, H, y, al mismo tiempo, razones de segundo orden. En esta última capacidad, indican que las razones para no hacer H pueden prevalecer sólo si son particularmente fuertes, esto es, claramente más fuertes de lo que necesitan ser en un debate moral libre».

Estas tesis de Peczenik -meramente enunciadas en el trabajo al que respondemos- se encuentran considerablemente desarrolladas en su importante libro *On Law and Reason* (Kluwer, Dordrecht / Boston/ London, 1989), al que él mismo remite. Dentro de él, en la sección titulada *Weighing Rules,* leemos lo siguiente:

> «Sin embargo, no sólo los principios, sino también algunas *reglas* crean un deber meramente *prima-facie.* Esto es verdadero tanto de las reglas morales como de las reglas jurídicas. Por ejemplo, no se debe matar a las personas. La regla moral prohíbe

> *prima-facie* todo acto de matar, pero para afirmar que un determinado individuo, consideradas todas las cosas, debe no ser matado, se debe prestar atención también a otras reglas que estipulan excepciones; por ejemplo, en una guerra defensiva, se puede matar a los agresores [...]. *Todas* las normas jurídicas socialmente establecidas, expresadas en disposiciones legislativas, precedentes, etc., tienen un carácter meramente *prima-facie*. El paso de las reglas jurídicas *prima-facie* a las obligaciones, pretensiones, etc., jurídicas (y morales) implica interpretación valorativa, esto es, sopesar y ponderar» (pp. 80-1).

A nuestro modo de ver, a este planteamiento de Peczenik cabe oponer un par de consideraciones:

1) La primera es que el ejemplo de *regla* que crea un deber meramente *prima-facie* (la prohibición de matar) no sería tal, de acuerdo con nuestras definiciones, sino un *principio*. Y ello porque dicha norma no determina sus condiciones de aplicación más que de la forma que nosotros llamamos *abierta* (y a la que consideramos característica de los principios): «está prohibido matar a menos que concurra otro principio que, en relación con el caso, tenga un mayor peso». Puede objetarse, desde luego, trazar una distinción conceptual entre tipos de normas jurídicas, como la que nosotros trazamos entre reglas y principios, atendiendo al carácter «cerrado» o «abierto» de la determinación de las condiciones de aplicación: sosteniendo, por ejemplo, que tal rasgo no es particularmente relevante, que no refleja el uso lingüístico habitual de los términos "regla" y "principio", etc. Pero si nuestra distinción así trazada no se objeta, es claro que el «no matarás» no es (a diferencia, por cierto, de las *reglas* sobre el homicidio contenidas en el Código Penal) una regla sino un principio. Resulta, además, que de acuerdo con la propia caracterización que Peczenik ofrece de la distinción entre reglas y principios, habría que concluir que la prohibición de matar debe entenderse asimismo como un principio. Así parecen indicarlo sus observaciones de que «a diferencia del principio, la regla [...] no expresa un valor singular sino un compromiso entre muchos valores (y los correspondientes principios)» *(On Law and Reason,* p. 81), y de que «la principal fuente de la fuerza justificatoria de los principios consiste en su vínculo uno-a-uno con los correspondientes valores. Cada principio responde a un valor determinado [...]» *(Los principios jurídicos según M. Atienza y J. Ruiz Manero).*

2) La segunda consideración se refiere a la tesis de Peczenik de que las pautas jurídicas permiten tomar en cuenta todas las

consideraciones moralmente relevantes, de que las normas jurídicas establecidas constituyen razones *prima-facie,* que en su dimensión de razones de segundo orden se limitan a indicar que las razones para no realizar la acción exigida por ellas sólo pueden prevalecer si son particularmente fuertes. Esta tesis es, a nuestro juicio, ambigua. Pues puede entenderse (i) como una tesis que pretende dar cuenta de *las pretensiones del Derecho* o (ii) como una tesis que pretende dar cuenta de *la actitud que un sujeto práctico-racional ha de adoptar frente a tales pretensiones*. En ninguno de ambos casos resulta, a nuestro modo de ver, aceptable. Entendida como referida a las pretensiones del Derecho, la tesis resulta ser claramente falsa. Por poner un ejemplo en el que es difícil que se produzca controversia: imponer a alguien una restricción en sus derechos básicos por razón de su raza es contrario a la consideración, moralmente relevante, de que tales derechos básicos deben adscribirse a todos los seres humanos, por el simple hecho de serlo. Y es obvio que ha habido ordenamientos que no permitían tomar en cuenta tal consideración. Si la tesis de Peczenik se entiende, por el contrario, como referida a la actitud que un sujeto práctico-racional ha de adoptar frente a las pretensiones del Derecho, dicha tesis concede, a nuestro juicio, demasiado. Decir que un sujeto práctico-racional ha de considerar siempre a las normas jurídicas establecidas como razones *prima-facie* para realizar la conducta prescrita por ellas equivale a decir que un sujeto práctico-racional ha de aceptar que existe una obligación moral general *prima-facie* de obedecer al Derecho. Esto es algo en lo que Aleksander Peczenik ha insistido repetidas veces (cf. *On Law and Reason,* pp. 238 ss.; «Dimensiones morales del Derecho», en *Doxa,* n.º 8, pp. 96 ss.), pero su argumentación no resulta, a nuestro juicio, convincente. «El punto central», como él mismo dice, de su teoría es el siguiente: «Existe una obligación moral general *prima-facie* de obedecer el Derecho porque la desobediencia general crearía el caos» *(On Law and Reason,* p. 246). La justificación de esta tesis por parte de Peczenik no apela a la incidencia causal que los actos de desobediencia tengan sobre la conservación del sistema, sino al requisito de universalización. Peczenik acepta que hay actos de desobediencia que no incrementan en modo alguno la probabilidad de otros actos de desobediencia y considera correcta la crítica de Raz a los intentos de fundamentar sobre la base de la incidencia causal (del «mal ejemplo») la tesis de la existencia de una obligación moral general *prima-facie* de obedecer al Derecho. Peczenik fundamenta su tesis sobre la base de la siguiente «premisa universal», que «es una consecuencia del carácter universalizable de la moral»: «Yo tengo una obligación moral *prima-facie* de

actuar de tal manera que mi acción pudiera repetirse por todos sin crear consecuencias moralmente incorrectas» *(On Law and Reason,* p. 246). Pero si el principio con arreglo al cual actúo yo es el de que «es moralmente legítimo desobedecer cuando mi acto de desobediencia no va a incrementar en modo alguno la posibilidad de otros actos de desobediencia y no va, por consiguiente, a afectar causalmente a la conservación del sistema» es analíticamente verdadero que cualquiera puede actuar sobre la base de tal principio (esto es, que tal principio puede universalizarse) sin que de ello se sigan consecuencias moralmente incorrectas (el incremento de probabilidad de otros actos de desobediencia y, como consecuencia, el derrumbe del sistema) (*cf.,* sobre este punto, Juan Carlos Bayón: *La normatividad del Derecho. Deber jurídico y razones para la acción,* CEC, Madrid, 1991, pp. 708-9). Realmente, el argumento de Peczenik no sirve de justificación de su tesis, como tampoco serviría como justificación del juicio de que «existe una obligación general *prima-facie* de no circular por el punto kilométrico X de la carretera Z a la hora H», aducir que si todo el mundo circulara por el punto kilométrico X de la carretera Z a la hora H se crearía un colapso circulatorio. Pero todo esto nos sitúa más allá de los límites de nuestro trabajo sobre los principios en el Derecho.

b) *Principios y cumplimiento pleno*

Con posturas asimismo diferentes entre sí, Prieto y Peczenik concuerdan en rechazar nuestra tesis de que los principios en sentido estricto no admiten, a diferencia de las directrices, modalidades graduales de cumplimiento.

b') *La postura de Prieto.*

Bajo el epígrafe de *Caracterización normativa de los principios,* se opone Prieto a la consideración, deudora de algunas sugerencias de Dworkin, de que los principios no constituyen nunca razones suficientes para las decisiones, de que éstos «pueden orientar una interpretación normativa dudosa, pero *nunca* pueden por sí solos ofrecer la solución al caso», pues «ni ofrecen ni dejan de ofrecer una respuesta categórica, sino que "controlan" (ampliando o limitando) las soluciones que se deducen del conjunto de las normas»[3]. «Pienso -escribe Prieto- que ésta es una interpretación

[3] Entre quienes han sostenido esta visión de los principios cita Prieto su

aceptable de las palabras de Dworkin, pero probablemente constituya también una opinión equivocada». Para argumentar lo equivocado de esta opinión, apela Prieto a la jurisprudencia de nuestro Tribunal Constitucional y a los propios ejemplos de Dworkin. Por lo que hace a lo primero, recuerda que el TC ha declarado que, cuando la oposición entre las leyes y los principios (constitucionales) sea irreductible, éstos participan de la fuerza derogatoria de la Constitución, lo que implica que «al menos en ciertos supuestos un principio representa el fundamento único de la decisión», lo que se produce cuando el TC declara la inconstitucionalidad de una disposición legislativa porque la misma vulnera un principio constitucional. Y por lo que hace al famoso ejemplo dworkiniano que Carrió bautizara como «el caso del nieto apurado», escribe Prieto que «si, de acuerdo con las leyes de New York los descendientes suceden a los ascendientes y ninguna regla excepciona el caso del nieto que asesina a su abuelo, ello significa que si un tribunal impide tal consecuencia en virtud del principio *nemine dolus suus prodesse debet,* dicho principio representa el fundamento único de la decisión; no cabe decir que el principio ha sido tenido en cuenta para inclinarnos en favor de una u otra solución normativa, avaladas ambas por reglas, pues aquí sólo existen dos soluciones: aquélla (única) que se debería adoptar de observarse las reglas, y aquella otra que imponen los principios».

Hasta aquí estamos por completo de acuerdo con Prieto. Y nos parece que lo que muestran sus dos ejemplos es que, una vez que se ha determinado la prevalencia de un determinado principio en un caso, el principio en cuestión exige un cumplimiento pleno, lo que implica, en los ejemplos mencionados, la anulación de la ley inconstitucional y el rechazo de la pretensión del nieto de entrar en posesión de la herencia de su abuelo. Sin embargo, pocas páginas más tarde, Prieto hace suya lo que podríamos llamar una versión *debilitada* de la idea de Alexy del «mandato de optimización», defendiendo no sólo la idea de las modalidades graduables de cumplimiento, sino que lo que los principios exigen es meramente un grado de cumplimiento «razonable»:

> [...] la idea del mandato de optimización [...] tampoco me parece que sirva para diferenciar los principios en sentido estricto de las directrices, como mantienen Atienza y Ruiz Manero, pues los principios, cuando existe conflicto, también pueden ser optimizados;

---

propio trabajo «Teoría del Derecho y filosofía política en Ronald Dworkin» (en *Revista Española de Derecho Constitucional,* 14, 1985) y el de J. Ruiz Manero *Jurisdicción y Normas,* CEC, Madrid, 1990.

> acaso cabría decir que las directrices generan *naturalmente* mandatos de optimización, pero sin que ello implique que esta técnica quede totalmente excluida de los principios en sentido estricto. Trataré de explicarlo con un ejemplo: imaginemos una cláusula testamentaria en la que un padre impone a su hijo como condición para acceder a los bienes (legítima y libre disposición) que se divorcie de su mujer, de religión judía. Para resolver el caso, el juez debe tener presente dos principios: el de igualdad, que prohíbe la discriminación religiosa y racial, y el de autonomía de la voluntad, que protege las intenciones del testador. Pues bien, no sería del todo extraño que aquí se renuncie sin más a la idea de optimización, dando total preferencia al principio de igualdad o -lo que me parecería peor solución- al de autonomía de la voluntad; pero tampoco sería sorprendente que algún juez intente ponderar ambos principios, diciendo que el testamento es nulo por lo que se refiere a la legítima, pero válido en relación con los bienes de libre disposición.
>
> Sin duda, es cierto que el cumplimiento gradual de algunos estándares y el juicio de optimización son ideas presentes en el razonamiento jurídico, pero tal vez resulte apresurado decir que los principios ordenan siempre al intérprete que se realice algo en la mayor medida posible. Como ha declarado el Tribunal Constitucional, "la Constitución es un marco coincidencias suficientemente amplio como para que dentro de él quepan opciones políticas de muy diferente signo", y sin duda, los programas de esas opciones pueden presentar ideas distintas sobre el grado de realización de los principios o directrices constitucionales. Por ello, desde la perspectiva del juez, más que de un juicio de optimización habría que hablar de un juicio de razonabilidad, que, aceptando la idea de cumplimiento gradual, indique por debajo de qué nivel de cumplimiento o satisfacción una determinada norma o política se hace intolerable».

Esta última idea se encuentra más desarrollada por el propio Prieto en su trabajo «Notas sobre la interpretación constitucional» (en *Revista del Centro de Estudios Constitucionales,* 9, 1991, pp. 175 ss.). En dicho trabajo, bajo el rótulo de «algunas peculiaridades de la justicia constitucional», escribe Prieto lo que sigue:

> «La diferencia entre la interpretación legal y la constitucional no reside sólo en las peculiaridades de su objeto, sino también en la función que generalmente se atribuye a los órganos encargados de realizarla. En este aspecto, una de las características del juez ordinario es lo que pudiera llamarse "unidad de solución justa", esto es, la exigencia institucional de que, en presencia de un caso concreto, sólo cabe una interpretación correcta, mientras que, en cambio, la misión de la justicia constitucional no es tanto la de

> precisar la "mejor" o la "única" respuesta posible, sino más bien la de indicar qué interpretaciones resultan intolerables [...]. Esta distinta función [...] contribuye también a entender de modo diferente la responsabilidad de la decisión. Así, y aunque se trate sin duda de una ficción, el juez ordinario puede "endosar" el sentido del fallo al propio legislador [...]. En cambio, el intérprete constitucional no busca en realidad una solución al caso, sino la delimitación de un campo de licitud dentro del cual otros operadores jurídicos adoptarán la solución con arreglo a criterios políticos (legislador) o jurídicos (juez); por eso, su modo de argumentar no puede ajustarse a los cánones de la subsunción, sino a los de la razonabilidad [...]. Dicho de otro modo, el tipo de razonamiento de un juez ordinario supone concebir la decisión "como si" derivase del legislador, mientras que el modelo de razonamiento del juez constitucional, al tener que definir el ámbito más o menos extenso de licitud, reclama del intérprete la asunción de una mayor responsabilidad en la decisión. En este sentido, creo que tiene razón A. Carrasco cuando escribe que el método característico de la interpretación constitucional se sitúa a medio camino entre lo que él llama la deducción estricta propia de la justicia ordinaria y el juicio de optimización política; de un lado, y por la misma naturaleza de su actuación, el Tribunal Constitucional no está en condiciones de verificar una mera labor de subsunción, pues generalmente ni aquello que ha de ser enjuiciado se asemeja a un supuesto de hecho, ni los parámetros para el enjuiciamiento pueden dejar de ponderar conjuntamente principios y reglas; y, de otra parte, ha de "autocontenerse" también a fin de no realizar un juicio de optimización que implicaría decidir cuál es la "mejor" interpretación del texto constitucional y, consiguientemente, asfixiar el margen de apreciación del Parlamento» (*op. cit.,* pp. 176-8).

A nuestro juicio, lo que falla en todas estas consideraciones respecto al entendimiento de la jurisdicción constitucional es algo que se conecta con la manera, en nuestra opinión incorrecta, como Prieto entiende el papel de los principios en el razonamiento de los órganos jurisdiccionales. Dicho rápidamente, el error reside básicamente en presentar como características peculiares de la justicia constitucional lo que son rasgos propios de cualquier ejercicio de la función jurisdiccional en la que lo enjuiciado sean actos que constituyan un ejercicio de poderes normativos en los que el titular del poder goza de un margen de discrecionalidad. Veámoslo. Dice Prieto que «la misión de la justicia constitucional no es tanto la de precisar la "mejor" o la "única" respuesta posible, sino más bien la de indicar qué interpretaciones resultan intolerables [...]. El intérprete constitucional no busca en realidad una solución al caso, sino la delimitación de un campo de licitud

[...]; por eso, su modo de argumentar no puede ajustarse a los cánones de la subsunción, sino a los de la razonabilidad». Desde luego que la justicia constitucional no tiene como misión precisar cuál es, desde la perspectiva constitucional, la mejor ley posible; pero tampoco es misión de un juez de lo contencioso precisar cuál es el mejor reglamento posible desde la perspectiva de la ley que ese reglamento desarrolla, ni tampoco es misión de un juez de lo civil precisar cuál es el mejor contrato o el mejor testamento posible desde la perspectiva del Código civil. Tales cosas sencillamente no existen: ni a partir de la Constitución es posible derivar la «mejor» legislación o la «única» legislación admisible en una determinada materia, ni a partir del Código civil es posible derivar el «mejor» contrato o testamento o el «único» admisible. Lo que hacen la Constitución y el Código civil es conferir, respectivamente, el poder normativo público de legislar y los poderes normativos privados de celebrar contratos u otorgar testamento, imponiendo a la vez determinadas restricciones al ejercicio de esos poderes normativos. Y lo que hace el Tribunal Constitucional cuando enjuicia la constitucionalidad de una ley, o un juez de lo civil cuando enjuicia la validez de un contrato o de un testamento, es enjuiciar si los titulares de los poderes normativos correspondientes han usado éstos de forma que viole las referidas restricciones o no. Y respecto de ello, tanto el Tribunal Constitucional como el juez de lo civil han de buscar -en contra de lo que parece pensar Prieto en el primer supuesto- una solución al caso: si el legislador ha usado su poder normativo público violando las restricciones impuestas por la Constitución, el Tribunal Constitucional debe declarar la inconstitucionalidad de la ley en todo lo que abarque dicha violación; si el testador ha usado su poder normativo privado violando las restricciones impuestas por el Código civil, el juez debe declarar la invalidez del testamento en todo lo que abarque dicha violación. Y si uno y otro han ejercido sus respectivos poderes normativos de forma que no viole las referidas restricciones, el Tribunal Constitucional y el juez de lo civil han de declarar la constitucionalidad de la ley y la validez del testamento, por extravagantes que puedan parecerles las disposiciones de una u otro: del mismo modo que el Tribunal Constitucional -como escribe Prieto- ha de «autocontenerse a fin de no realizar un juicio de optimización» respecto de cuál sería la mejor ley posible, también el juez de lo civil ha de «autocontenerse» a fin de no realizar un juicio de optimización respecto de cuál sería el mejor testamento posible, o el más razonable o cosas por el estilo. Y uno y otro -Tribunal Constitucional y juez de lo civil- han de fundamentar su resolución del mismo modo: mostrando que la

ley (o el testamento) han violado (o no) las restricciones impuestas por la Constitución (o por el Código civil). En este orden de cosas, la vinculación del Tribunal Constitucional a la Constitución y la del juez ordinario a la ley no presentan ninguna diferencia relevante. Y tanto uno como otro pueden enfrentarse a un caso en el que hayan de tener en cuenta tanto reglas como principios, como muestra el propio ejemplo de Prieto respecto al testamento sujeto a la condición de divorcio de la esposa judía. Ejemplo sobre el que, por cierto, vale la pena detenerse brevemente. De acuerdo con la reconstrucción de Prieto, el juez podría adoptar respecto de él tres soluciones: considerar nulo todo el testamento, lo que significaría dar «total preferencia al principio de igualdad»; considerar válido todo el testamento, lo que significaría dar «total preferencia al principio de igualdad»; considerar válido todo el testamento, lo que significaría dar total preferencia al principio de autonomía de la voluntad; considerar nulo el testamento por lo que se refiere a la legítima y válido por lo que hace a los bienes de libre disposición, lo que significaría que el juez ha intentado «ponderar ambos principios». Esta reconstrucción es, a nuestro juicio, equivocada. Las cosas se plantean más bien, a nuestro modo de ver, de la manera siguiente. La concurrencia entre el principio de autonomía de la voluntad y el principio de igualdad se produce únicamente en relación con los bienes de libre disposición. En relación con la legítima, el caso se encuentra cubierto por la regla de que los descendientes tan sólo pueden ser privados de tales bienes por causas tasadas, entre las que, desde luego, no se encuentra el estar casado con persona de religión judía. Tal regla puede verse como expresión de la prevalencia, establecida por el legislador en relación con una parte del caudal hereditario, del principio de protección de los intereses de los descendientes sobre el principio de respeto a la autonomía de la voluntad del testador. Y, salvo que se argumente (lo que no hace Prieto) que la jerarquización entre principios expresada en la regla sobre la legítima choca, en el caso en cuestión, con algún otro principio, el caso es, por lo que se refiere a la legítima, fácil, al no resultar controvertible la aplicación de una regla cuyas condiciones genéricas de aplicación cubren por completo las circunstancias especificas del caso. Las cosas se plantean de manera distinta por lo que se refiere a los bienes de libre disposición. Y ello porque, a diferencia de lo que ocurre con la legítima, aquí no disponemos de una regla que establezca la prevalencia entre el principio de autonomía de la voluntad y algún otro principio eventualmente concurrente (en el caso en cuestión, el principio de igualdad). Y por ello el juez debe ponderar ambos principios, esto es, construir

una regla que establezca dicha prevalencia. Y aquí caben dos y sólo dos posibilidades: o prevalece el principio de autonomía de la voluntad (y las cláusulas testamentarias correspondientes son, por consiguientemente, válidas) o prevalece el principio de igualdad (y dichas cláusulas son nulas). En otros términos: una vez establecida la prevalencia de uno u otro principio, éste exige un cumplimiento pleno: la declaración de validez o de nulidad de las cláusulas testamentarias correspondientes. *Tertium non datur.*

b") *La postura de Peczenik*

Peczenik ofrece dos argumentos en defensa de la concepción alexiana de los principios como mandatos de optimización y en contra de nuestra tesis de que los principios en sentido estricto exigen un cumplimiento pleno. El primero de los argumentos de Peczenik es que el ejemplo de principio en sentido estricto con el que ilustrábamos nuestra tesis (el art. 14 CE) está mal escogido, pues tal disposición no expresaría un principio en el sentido de Alexy:

> «el ejemplo *no* falsa la teoría de Alexy, dado que el art. 14 de la Constitución española es una *regla* (vaga), no un principio en el sentido de Alexy. Por otra parte, disposiciones tales como el Cap. 1 Sec. 2 de la Constitución sueca, que son principios en este sentido, *pueden* ser cumplidos en diversos grados».

Realmente, no resulta fácil responder a este argumento. Y ello, en primer lugar, porque Peczenik no nos explica por qué el art. 14 CE no es un principio en el sentido de Alexy y qué diferencias relevantes hay, a este respecto, entre el art. 14 CE y la disposición de la Constitución sueca por él citada. Dicha disposición establece que «el poder público se debe ejercer con respeto al igual valor de todos los seres humanos y a la libertad y dignidad de cada persona individual». ¿Por qué habría que concordar con Peczenik en que tal disposición expresa tres principios -igualdad, libertad y dignidad de cada persona individual- y negar, en cambio, que el art. 14 CE exprese el principio de igualdad? Tanto en la disposición citada de la Constitución sueca como en el art. 14 CE se da el «vínculo uno-a-uno» con los correspondientes valores que Peczenik considera característico de los principios. Ni una ni otra disposición determinan sus condiciones genéricas de aplicación. ¿Cuál es la diferencia entre ambas que permite sostener que la primera expresa tres principios y la segunda ninguno? Por

los demás, Peczenik afirma que los principios contenidos en la Constitución sueca pueden ser cumplidos en diversos grados. Pero su afirmación equivale a dar por supuesto precisamente lo que habría de argumentar, esto es, la posibilidad de modalidades graduables de cumplimiento de cada uno de estos tres principios.

El segundo argumento ofrecido por Peczenik en defensa de la concepción de Alexy se encuentra en el siguiente párrafo, en el que, tras citar nuestra afirmación de que los principios tienen una «fuerza expansiva» superior a la de las reglas, escribe:

> «Sin intentar explicar el término "fuerza expansiva", se puede indicar que la principal fuente de la fuerza justificatoria de los principios consiste en su vínculo uno-a-uno con los correspondientes valores. Cada principio responde a un valor determinado, por ejemplo él estipula que la igualdad, la libertad y la dignidad son valiosas... [...] Un valor puede ser definido como un criterio de valoración. Cada criterio puede satisfacerse hasta un cierto grado, mayor o menor […]. Cada principio exige que el valor al que él mismo corresponde sea respetado tanto como sea posible. Pero si éste es el caso, la posibilidad de cumplir los principios en diversos grados, mayores o menores, es la propiedad más esencial de los principios. Y Alexy tiene razón mientras que la crítica de su teoría por parte de Atienza y Manero no es suficientemente profunda».

Estamos de acuerdo con Peczenik en que es característico de los principios en sentido estricto lo que él llama su «vínculo uno-a-uno con los correspondientes valores». De hecho, en nuestro trabajo caracterizábamos los principios en sentido estricto en términos muy semejantes. Pero de ahí no se infiere en absoluto lo que Peczenik pretende inferir. Ciertamente que los principios constituyen criterios de valoración de conductas. Pero es sencillamente falso decir que siempre caben modalidades graduables de satisfacción de un criterio de valoración. El mejor ejemplo en contra lo encontramos en aquellas pautas jurídicas a las que llamamos *reglas,* las cuales, para quien las acepta, constituyen también criterios de valoración de las acciones. Y es indisputado que las *reglas* no admiten modalidades graduables de cumplimiento: sencillamente se incumplen. Lo mismo ocurre, a nuestro juicio, con los principios en sentido estricto, y no llegamos a encontrar en Peczenik razones que nos induzcan a revisar nuestra posición.

Para terminar, dos palabras sobre lo que llamábamos «fuerza expansiva» de los principios y que, desde luego, apenas esbozábamos en nuestro trabajo. En relación con los principios en sentido estricto, la «fuerza expansiva» de los mismos se traduce, por

ejemplo, en la generación de reglas en la que se determine su prevalencia (o no) en un determinado caso genérico. Volvamos al ejemplo del testamento de Prieto. Si el tribunal que ha de resolver determina la prevalencia del principio de igualdad (o del principio más concreto de prohibición de discriminación por razones de conciencia) sobre el de autonomía de la voluntad, tal determinación se traduce en la construcción, como fundamento de su decisión, de una regla que establezca que en determinadas condiciones genéricas (testar, celebrar un negocio jurídico privado) está prohibido discriminar por razones de conciencia. Y si las *rationes decidendi* del tribunal que resuelve el caso son vinculantes para los demás órganos jurisdiccionales, dicha regla pasa a ser una regla del sistema jurídico de que se trate.

EL PRINCIPIO DE AUTONOMÍA DE LA PERSONA EN EL DISCURSO MORAL: ANÁLISIS DE UN ARGUMENTO PRAGMÁTICO

Este trabajo consta de tres partes. En la primera analizo brevemente el concepto de inconsistencia pragmática con el objetivo de estudiar el argumento de C.S. Nino[1] en el que usa este concepto para justificar el principio de autonomía de la persona a partir del discurso moral. En la segunda parte presentaré y realizaré una reconstrucción de su argumento para demostrar la invalidez formal y proponer algunas variaciones sobre él. Este estudio tiene la finalidad de elucidar el poder justificatorio de un argumento que apele al principio de la contradicción pragmática, y en él llego a la conclusión de que el argumento pragmático no es más útil que la simple deducción de la lógica tradicional[2], de la cual depende. El poder justificatorio específico de los argumentos pragmáticos dependerá en última instancia del contenido de sus presupuestos. En la tercera parte intentaré demostrar que aún cuando se acepte algún presupuesto mínimo de la discusión moral, el resultado difícilmente será suficiente para fundamentar el principio de autonomía en el sentido tradicional y amplio en que ha de entendérselo.

1. El concepto de inconsistencia pragmática

Una inconsistencia pragmática consiste en la contradicción entre un hecho y una proposición. Para la lógica clásica esta contradicción no es posible: la contradicción es una clase particular de proposición y la propiedad de ser contradictorio se predica de las proposiciones de esta clase. Pero la filosofía del lenguaje incursionó en otras áreas considerando también como unidades

[1] C. S. Nino, *Ética y Derechos Humanos,* 2.ª edición, p. 229.

[2] Entiendo por lógica tradicional a la lógica proposicional y de predicados, y no únicamente a la lógica aristotélica clásica.

de sentido a entidades distintas de las proposiciones, en particular, a los actos de habla. No se desarrolló una lógica que se ocupara de las relaciones formales entre estas entidades[3]. La lógica tradicional se mantiene como el análisis de las relaciones entre entidades que son una parte de algunos actos de habla (la parte o contenido locucionario de los actos de habla declarativos). También hay un desarrollo importante de la lógica deóntica, que investiga la relación entre normas las que, en uno de los sentidos más usuales de «norma» son el contenido locucionario de los actos de habla prescriptivos[4]. La relación lógica entre normas es oscura, particularmente la aplicación y alcance de un principio de no contradicción; pero parece plausible en el ámbito de la moral aceptar que dos normas de algún modo contradictorias no pueden ser a la vez válidas. Sin embargo, aún cuando hay desarrollos de la lógica deóntica que trabajaron con hechos en lugar de proposiciones, no hay casos en que se haya planteado formalmente la relación entre hechos y proposiciones. Esta es la relación que debe clarificarse para elucidar el concepto de contradicción pragmática.

La filosofía práctica encontró en la idea de la contradicción pragmática un método interesante para fundamentar la verdad o al menos la validez de ciertos enunciados no contrastables, a saber, los enunciados éticos. Si se demuestra a alguien que cree en dos proposiciones contradictorias, esta persona, que seguramente asume el principio lógico de no contradicción, se verá comprometida a modificar su opinión sobre alguna de las dos. Si pudiese demostrarse a alguien que hay una contradicción entre algo que hace (un hecho) y algo en lo que cree (una proposición), se verá comprometida (si asume este aún no especificado principio de no contradicción pragmática) a renunciar a este modo de actuar o modificar su creencia. La estrategia usual consiste en seleccionar acciones que no estamos dispuestos a omitir y mostrar que tales acciones son contradictorias con la negación de ciertos enunciados. Esto nos comprometerá a negar esa negación, es decir, a aceptar esos enunciados como verdaderos o válidos.

¿Pero cómo podría un hecho ser contradictorio con un enunciado? Recordemos que los hechos de que hablamos son acciones humanas. Las acciones tienen razones; parte de esas razones son creencias; el contenido de una creencia es o bien una proposición

[3] Salvo quizá para el caso específico de las normas cuando se las considera como hechos.

[4] Este sentido de «norma» que la considera una proposición (en un sentido especial de «proposición») o un enunciado no proposicional, y el anterior que la considera un hecho, son los dos conceptos tradicionales bajo los que se estudia la relación entre normas.

o bien el contenido de un enunciado no proposicional, como una norma[5], si lo fuera. La proposición o enunciado puede contradecirse con las proposiciones o enunciados que sean el contenido de otras creencias. Es entre estos elementos del razonamiento pragmático donde se visualizará la contradicción: entre el contenido de diferentes creencias. De este modo la contradicción se dará en última instancia entre enunciados y se descubrirá por aplicación de los principios de la lógica tradicional, o de la lógica deóntica, según el caso. Vemos que la llamada «contradicción pragmática» no es más que la relación que hay entre una acción y una creencia del agente, cuando la acción supone creer en un enunciado contradictorio con el enunciado cuyo contenido es el de la creencia. Para verificar si tal relación existe no será necesario contar con nuevos principios lógicos que den cuenta de relaciones entre hechos y enunciados, sino tan sólo determinar en qué condiciones una acción presupone una creencia.

Para que exista una contradicción pragmática se requiere, por lo tanto, de la presencia de los siguientes elementos: En primer lugar, un hecho que consista en una acción humana o que de algún modo sea capaz de presuponer una creencia de alguien. En segundo lugar, está el hecho de que alguien tiene la creencia presupuesta por aquel hecho. No es claro el concepto de presupuesto, debería determinarse en qué condiciones una acción presupone una creencia, o más bien qué significa presuponer. En lo que sigue consideraremos que la relación de presuposición puede aplicarse a hechos (no me pronunciaré con respecto a la presuposición entre proposiciones u otros enunciados, ni a la presuposición entre creencias) y que al menos parte de su significado es formalizable como una implicación material de modo que lo que está presupuesto es condición necesaria de lo que lo presupone. Diremos que si un hecho presupone una creencia, esto significa (o al menos es parte de su significado) que el hecho de que alguien crea «x» es condición necesaria de que se dé el hecho en cuestión. Si una proposición presupone otra proposición, esto significará (al menos) que la segunda es condición necesaria de la primera.

El tercer elemento de la contradicción pragmática es la creencia presupuesta por el hecho en cuestión, el enunciado en el cual cree el agente.

---

[5] En el sentido tradicional de «proposición», ésta es al contenido de un enunciado que puede ser verdadero o falso. Vimos antes (p. 2 y notas 2 y 3) que una norma o bien es un hecho, o bien es un enunciado (o su contenido). Cuando se la considera un enunciado, es dudoso que se la pueda considerar verdadera o falsa, se habla en consecuencia de «enunciado no proposicional».

En cuarto lugar, contamos con otras creencias del agente, que también son enunciados, sean o no proposiciones.

Diremos que hay una contradicción pragmática cuando hay una contradicción, en el sentido tradicional de contradicción, entre el contenido de la creencia que señalamos como tercer elemento, y alguna de las demás creencias del agente.

Para que se entienda claramente la relación de contradicción pragmática cuyo sentido intento elucidar, veamos un ejemplo. Supongamos en primer lugar, como hipótesis que no discutiremos, que el acto de encender la estufa presupone creer que esto calentará el ambiente. Uno podría ciertamente plantearse casos hipotéticos en donde alguien enciende una estufa sin creer que el ambiente se calentará. (Por ejemplo, lo hace al aire libre, y sólo para verificar si la estufa enciende). Pero supongamos a modo de hipótesis que esto no puede ocurrir y que realmente si alguien enciende una estufa, necesariamente cree que se calentará el ambiente. Supongamos ahora que «x» enciende la estufa y por lo tanto cree que el ambiente se calentará. De este modo diremos que el hecho de que «x» encienda la estufa presupone el hecho de que cree que se calentará el ambiente. «x» cree también otras cosas, como que hace frío hoy, que el sol sale todos los días, y que el día tiene veinticuatro horas. Supongamos que también cree que el ambiente en el que está es muy abierto y que no puede calentarse porque hay corrientes de aire que no lo permiten. Si realmente cree esto (como suponemos), entonces esta creencia es contradictoria con la creencia de que se calentará el cuarto, hay una contradicción en el sentido tradicional entre el contenido proposicional de sus dos creencias y, en consecuencia, hay una contradicción pragmática entre el hecho (o acción) de encender la estufa, y la creencia de que no se calentará el ambiente. Si «x» notara la contradicción se vería comprometido a modificar alguna de sus creencias contradictorias, por ejemplo, admitiendo que aunque el cuarto es muy aireado, se calentará al menos algo, y que en consecuencia no es irracional que encienda la estufa. O bien podría modificar su creencia de que el ambiente se calentará, pero como esta creencia está, por hipótesis, presupuesta en la acción de encender la estufa, «x» tendrá que omitir esa acción para ser racional, es decir, para evitar la contradicción (pragmática).

En uso del concepto de contradicción pragmática que espero haber elucidado adecuadamente, los filósofos pragmáticos razonan por condiciones de posibilidad: parten de la verificación de un hecho y se preguntan en qué condiciones es posible ese hecho, es decir, qué condiciones son necesarias para que ese hecho se dé. Si el hecho es una acción, y si actuar de cierto modo presupone

ciertas creencias porque sólo una creencia tal explica la realización de la acción, entonces queda demostrado que el agente tiene esa creencia y, en esas condiciones, el agente sería contradictorio si afirmara algún otro enunciado que la contradijese. Si se parte de una acción generalizada, como la actividad de discutir moralmente, entonces el conjunto de agentes a los que alcanzará el compromiso con la creencia presupuesta será más amplio. De este modo los filósofos morales vieron en la idea de contradicción pragmática un mecanismo útil para la justificación moral objetiva (en un sentido de «objetiva» que podría especificarse de distintas maneras).

2. 1. El argumento de Nino

C. Nino define a la autonomía como «la libre elección individual de planes de vida y la adopción de ideales de excelencia humana», y defiende un principio de autonomía que consta de dos partes. La primera afirma el valor de la autonomía. La segunda proscribe ciertas clases de interferencia en el ejercicio de la autonomía. Discutiremos aquí el argumento que da para la defensa de la primera parte del principio, es decir, el que afirma el valor de la autonomía persona. No discutiremos la justificación de la segunda parte pero asumamos, como lo admite Nino, que depende de la plausibilidad del argumento que vamos a discutir.

Lo presentaré de un modo levemente distinto al que usó Nino[6], dado que en su formulación no hay estrictamente un caso de contradicción entre los contenidos de dos afirmaciones, es decir, entre dos enunciados (o sus contenidos).

La primera parte del argumento es la presentación de la acción que será uno de los términos de la contradicción. La segunda será la explicitación de la creencia presupuesta en la acción. La tercera consistirá en la creencia contradictoria (en el sentido tradicional) con la anterior y que constituirá el segundo término de la contradicción pragmática. El argumento sirve para demostrar al actor la falsedad de la segunda creencia mencionada. Éste, por aplicación de la regla que en la lógica se llamó «reducción al absurdo» inferirá la falsedad de una de las dos creencias contradictorias, en particular la segunda, dado que su acción lo compromete a conservar la primera. La regla podría formularse así: si dado un supuesto o hipótesis, su adición al sistema origina una contradicción (o si agregado un supuesto al sistema se infiere de

[6] *Ob. cit.,* pp. 232-233.

éste una contradicción), entonces debe inferirse la negación del supuesto[7].

Presentaré el argumento lógico realizado a partir del contenido de las dos creencias. La conclusión será un enunciado que formará parte del sistema de creencias del agente. La conclusión de lo que podríamos llamar «argumento pragmático» será el compromiso del agente con la conclusión del argumento lógico tradicional incluido en aquél.

Argumento A

1. El agente «x» participa en una discusión moral.

2. Creencia presupuesta: Es deseable que la gente actúe sobre la base de libre adopción de principios morales que, luego de suficiente reflexión, juzga válidos.

3. Creencia propuesta en la discusión como válida: No es deseable que actuemos sobre la base de la libre adopción de principios morales autorreferentes que no son válidos, aunque los consideremos tales. (En el argumento presentado por Nino el agente al presentar este principio, da un fundamento diciendo que se infiere de algún modo no formal a partir de la creencia enunciada en 2, pero que se aluda a este fundamento no tiene efectos en la corrección del argumento).

4. Conjunción de 2 y 3. Enunciado contradictorio.

5. Inferencia de la lógica tradicional a partir de los contenidos de las creencias 2 y 3, y de su conjunción 4, por aplicación de la regla de reducción al absurdo: Es deseable que actuemos sobre la base de la libre adopción de principios morales autorreferentes que consideramos válidos, aunque no lo sean.

6. Conclusión de la lógica pragmática: «x» está comprometido a afirmar 5.

[7] Puede darse otras formulaciones de reglas de inferencia útiles e igualmente justificables intuitivamente. Alguna otra podría tener las características de considerar a ambas creencias como supuestos y permitir la inferencia de la disyunción de sus negaciones, dejando libertad al agente para seleccionar cuál de sus creencias mantendrá en el sistema y cuál descartará como un supuesto que resultó inválido o falso. Creo que esto no resultaría una ventaja dado que considerar a la creencia presupuesta en la acción como perteneciente al sistema, da cuenta del hecho de que no existe la opción de negar este enunciado por lo que necesariamente la creencia a descartar será la segunda. Una inferencia que tomara a ambos enunciados como supuestos deberá incorporar posteriormente al sistema la afirmación del enunciado presupuesto usando de premisa esta afirmación para inferir la negación del otro. Los resultados serán idénticos.

En esta reconstrucción del argumento de Nino, el único elemento que podría discutirse con respecto a la fidelidad con el argumento original es, creo, el paso número 5. Esto es así porque Nino no expresa en estos términos la conclusión sino que afirma que «es inconsistente la intención de quien participa lealmente en el discurso moral para negar el principio de autonomía en la elección de modelos de excelencia humana»[8]. Si no puede negarlo porque sería inconsistente, entonces Nino supone que está comprometido a afirmarlo; su afirmación será, presumiblemente, la negación del enunciado en el que el participante de la discusión niega el principio de autonomía; esta doble negación será lógicamente equivalente al principio de autonomía mismo. En suma, una interpretación plausible del argumento que estudiamos, supone que 3 es la negación del principio de autonomía, y que 5 se infiere de 3 por doble negación, constituyendo el principio de autonomía. Pero la definición que da Nino del principio de autonomía, y de la autonomía, no están expresados en términos similares a los que usa en su argumento y que reprodujimos en el paso 3. Comparar:

3. (No es deseable) «que actuemos sobre la base de la libre adopción de principios morales autorreferentes que no son válidos aunque los consideremos tales».

Con la definición del principio de autonomía según el cual: (es valiosa) «la libre elección individual de planes de vida y la adopción de ideales de excelencia humana...»[9].

De este modo la conclusión 5 no puede consistir en el principio de autonomía expresado en los términos de Nino. Debe ser, en cambio, la negación de 3. Será necesario un análisis semántico posterior para determinar si el enunciado que puede inferirse negando 2 es equivalente al principio de autonomía.

Por otra parte, aún cuando nos hayamos puesto de acuerdo en que 5 debe estar expresado en términos similares a los de 3, usando las mismas propiedades que en éste, y en que debe ser su negación, tendremos que acordar asimismo cuál es la negación de 3. Una razón por la cual seleccionamos arriba la conclusión (5) como lo hicimos es que la forma gramatical del enunciado es similar a 3, pero tiene carácter negativo; esto podría llevar a suponer que los dos enunciados son uno la negación del otro. La segunda razón es que la conclusión que propusimos tiene carácter general, y ha de tener tal carácter si de algún modo debe ser equivalente al principio de autonomía, o si ha de implicarlo.

Así presentado el argumento que discutimos, analizaremos su

[8] Nino, C. S., *Ob. cit.,* p. 233.
[9] Nino, C. S., *Ob. cit.,* p. 204.

validez. Una vez demostrado que, así como lo reconstruimos, es inválido, propondremos algunas variaciones válidas y su poder, así como el de esta clase de argumentos, para inferir una conclusión que pueda ser fundamento del principio de autonomía de la persona. Por último, haremos el análisis semántico que muestre en qué medida el principio está implicado.

2.2. Análisis formal del argumento

El argumento pragmático, como vimos consta de:

- Un primer paso acerca de un hecho, en particular, una acción.
- Un paso (al menos) acerca de las creencias presupuestas por ese hecho.
- Un paso (al menos) acerca de hipótesis o supuestos adicionales.
- Uno o más pasos intermedios que permitan hallar una contradicción entre las creencias presupuestas y las supuestas como hipótesis.
- Una conclusión intermedia en donde se infiere la negación de algún supuesto del que dependa esa contradicción.
- Un paso final en el que se afirma la existencia de un compromiso del agente con el contenido del paso anterior.

Los pasos que siguen al primero, referente al hecho en cuestión, y que anteceden al último, referente al compromiso del agente que participa en el hecho, son proposiciones, y la inferencia de una contradicción, así como los demás pasos que trabajan con proposiciones, se manejan exclusivamente con el uso de la lógica tradicional y es por este método que alcanza la conclusión intermedia que será el contenido de la conclusión final. La validez del argumento pragmático en general depende de la validez del argumento de la lógica tradicional que forma parte de aquél. Analizaremos por tanto de aquí en adelante la validez de esta parte del argumento, que abarca los pasos 2 a 5 de la formulación que hicimos.

Veamos entonces la forma lógica de los enunciados que componen esta parte del argumento.

Si pensamos en la forma lógica del enunciado 3, veremos que tiene carácter general. Afirma algo (que no son deseables) de todos los casos de acción en base a la libre adopción de cualquier principio moral autorreferente que no sea válido aunque lo consideremos tal. La negación de un enunciado general es un enun-

ciado particular que afirma que hay al menos algo que no tiene la propiedad (o las propiedades) en cuestión. En nuestro caso: «hay alguien que puede actuar (no es indeseable o disvalioso que actúe) en base a un principio moral autorreferente que considera válido aunque no lo es».

Podría pensarse, aferrándonos a la forma gramatical, que 3 no es general, sino que más bien habla de una clase de cosas, de un incontable como es la acción (cierta clase de acción), la voluntad, el agua, etc. Que nos referimos a ese elemento general y afirmamos que posee ciertas propiedades. El agua es líquida a cierta temperatura y presión, o no lo es, y la negación de que el agua es líquida es que no lo es, y no que hay ciertas clases de agua que no lo son.

Pero este argumento es insuficiente, porque la razón por la que pensamos que se puede hablar de los incontables como de particulares afirmando o negando propiedades de un elemento (el agua) que también podría definirse como una clase de cosas (las que son agua), es que pensamos que esta clase de cosas es uniforme. Pensamos que el agua siempre es líquida en ciertas condiciones, o no lo es. Si no supusiéramos esta uniformidad no podríamos inferir de nuestro conocimiento de que es falso que el agua de mar es dulce, que no lo es. Deberíamos decir que al menos hay casos en que no lo es.

Supongamos este caso similar al nuestro: «El agua de mar se ve azul». Este enunciado afirma que el agua de mar siempre se ve azul. Su negación expresaría que al menos a veces (por ejemplo, en el caso del Mar Negro) no se la ve azul, y no que «el agua de mar nunca se ve azul», que sería el significado de la negación aparente: «El agua de mar no se ve azul». No hay por qué suponer la uniformidad del agua, es decir, que el agua (toda) tiene siempre las mismas propiedades. Del mismo modo, no hay por qué suponer que la actuación sobre la base de ciertos principios (elegidos libremente, etc.) tiene siempre las mismas propiedades. Una asunción como ésta debería ser debidamente fundamentada e incorporada al argumento.

Recordemos que en el argumento, 3 funciona como un supuesto que al originar una contradicción en 4 permite inferir 5, por medio de la negación del supuesto 3. Si percibimos que el enunciado se entiende claramente como una alusión a todos los casos que tienen ciertas características, se verá también que su negación es un enunciado particular, y que no coincide con la conclusión 5. La negación de que no es deseable que actuemos sobre la base de la libre adopción de principios morales autorreferentes que no sean válidos aunque los consideremos tales, es que hay al menos algún caso en el cual es deseable que alguien actúe según algún

principio moral, autorreferente, libremente adoptado, no válido (creyéndolo válido).

En consecuencia, vemos que el argumento no es válido, dado que el paso 5, consistente en la negación de 3 (y posterior eliminación de la doble negación resultante), da como resultado el anunciado particular recién expresado[10]. No parece plausible que

[10] Formalizaré el argumento de la lógica tradicional del cual depende, como vimos, la validez del argumento de la lógica pragmática que analizamos. Se verán así más claramente la forma lógica, la inferencia que se puede hacer válidamente, y el carácter particular de la conclusión permitida.

Interpretación de las constantes que representan propiedades:

Mxy = Ser «y» un principio moral libremente adoptado por «x».

Dxy = Ser deseable que «x» actúe según «y».

Ty = Ser «y» válido.

Ay = Ser «y» autorreferente.

Para simplificar el argumento excluiré la propiedad de los principios morales en cuestión de ser considerados válidos por el agente. Esta propiedad la tomaremos como incluida en la idea de libre aceptación de un principio moral: aceptar un principio moral como tal incluye considerarlo válido.

1. (x)(y) (Mxy -> Dxy)	presup. de la acción
2. (xc)(y) [(Mxy.Ay.-Ty) -> -Dxy]	supuesto
3. (x)(y) (Mxy -> Dxy).[Mxy.Ay.-Ty) -> -Dxy]	Conj. 1 y 2
4. (Ex)(Ey) (Mxy.Ay.-Ty)	Supuesto
5. (Ex)(Ey) (Dxy.-Dxy)	Inf. de 3 y 4
6. (Ex)(Ey) (Mxy.Ay-Ty.Dxy)	De 2 y 5 xRed. Abs.

La conclusión descansa en dos pasos. En 1, que es el presupuesto de la acción presentada en el argumento y que no tenemos opción de negar. Puede ser tomado como premisa. Y en 4, que es el supuesto débil de que hay al menos alguien que acepta libremente y procede según un principio moral autorreferente inválido. Este supuesto es necesario para que pueda extraerse de 3 una contradicción. No creo que haya grandes dificultades en admitirlo, dado que su negación significaría afirmar que nadie procede según ningún principio moral, autorreferente, inválido, libremente aceptado. Si además admitiéramos que estos enunciados existenciales no se refieren a una existencia actual, sino a cualquier existencia posible, entonces las condiciones de verdad de 4 se volverían aún más débiles, exigiéndose sólo la posibilidad lógica de que se dé una situación como la expresada en 4.

La suposición de 4 soluciona una conocida paradoja del condicional, según la cual todo condicional es verdadero cuando su antecedente es falso. Esta paradoja tiene la consecuencia de que un enunciado general que predica de todas las cosas que tienen la propiedad F, que también tienen la propiedad G, sería verdadero si no existiera ninguna cosa que tuviese F. Pero esto parece contraintuitivo y una solución plausible es afirmar que siempre que formulamos un enunciado de esa clase estamos diciendo implícitamente que hay (en algún sentido de «haber» al menos alguna cosa que tiene la propiedad F señalada en el antecedente. Si admitimos esto admitiremos también que no es contraintuitivo interpretar al enunciado 2 como una afirmación implícita del enunciado 4. Es porque consideramos implícita 4 que nos parece (y así se infiere del argumento) que 1 y 2 son contradictorias, y que de su conjunción, 3, se infiere una contradicción.

éste sea equivalente al principio de autonomía o que pueda implicarlo de algún modo.

2.3. Algunas variaciones sobre el argumento

Sigo basándome en el argumento anterior, pasos 2 a 5.

La alternativa más obvia es modificar el supuesto 2, para que efectivamente sea la negación del principio de autonomía o de la conclusión de la que esperamos inferirlo. La primera condición para que la conclusión sea apta para esto es que sea general. Su negación ha de ser un enunciado particular como el siguiente:

3'. Hay casos en los que alguna persona actúa sobre la base de algún principio moral autorreferente que no es válido, en los cuales no es deseable que el agente actúe según esos principios.

Si reemplazamos en el argumento original 3 por 3', el segundo paso que resulta distinto es el número 4, que consiste en la conjunción de los dos pasos anteriores y que debe ser o implicar una contradicción para que la regla de la reducción al absurdo permita inferir la negación del supuesto (3').

Si tomáramos textualmente el enunciado 2 nos encontraríamos con que predica que son deseables ciertas conductas que tienen las propiedades de ser realizadas según principios morales libremente adoptados y de ser juzgados válidos luego de suficiente reflexión. El enunciado 3', en cambio, predica algo de (al menos) una conducta individual con ciertas propiedades sin tomar en cuenta la propiedad de que los principios a los que se refiere sean juzgados válidos luego de suficiente reflexión. Por lo tanto, podría darse el caso de que los casos de conductas no deseables a que refiere este enunciado fuesen aquellos en que no se dio el requisito de la reflexión suficiente, casos no alcanzados por el primer enunciado. Esta alternativa muestra que los enunciados, así formulados, no son contradictorios.

Podríamos solucionar esa dificultad incluyendo la propiedad de la reflexión suficiente tanto en 3' como en la conclusión, la que será en consecuencia un poco más restringida. Por razones de simplicidad lo que haré será excluirla de 2. Por causas similares excluiré el requisito de que los principios morales sean considerados válidos por el agente, considerándolo incluido en la adopción de un principio moral como tal. El nuevo argumento, presentado un poco más formalmente que el primero, queda conformado como sigue. Únicamente presento la parte que trabaja con la lógica tradicional, dado que, como vimos, de la validez de ésta depende la del argumento total. Altero también la numeración

anterior.

Argumento B[11]

1. Es deseable que la gente actúe en base a la libre adopción de principios morales.
2. Hay al menos un caso de acción según la libre adopción de algún principio moral autorreferente inválido, en el que no es deseable que el agente actúe según ese principio.
3. Conjunción de 1 y 2. (Enunciado contradictorio).
4. Es deseable que la gente actúe según la libre adopción de principios morales, autorreferentes (aunque sean) inválidos. (Enunciado equivalente a la negación directa de 2: «No hay ningún caso de acción realizada según (al menos un) principio moral autorreferente, libremente adoptado, inválido, en el que no sea deseable que el agente actúe según ese principio»).

Este argumento es válido. Mi objeción no es contra la corrección de sus pasos sino contra la practicidad del recurso del argumento pragmático de proponer una hipótesis que finalmente resulta contradictoria con alguna creencia presupuesta, para negar la hipótesis e inferir así la conclusión deseada. El método no es práctico porque si analizamos la conclusión veremos que, a pesar de su carácter general, es demasiado restringida; su extensión es un subconjunto de la extensión del paso número 1, la creencia presupuesta en la acción de discutir moralmente, y que aquí funciona como premisa. Los principios morales, autorreferentes, inválidos, son una subclase de los principios morales en general a los que hace referencia 1, de modo que 4 pudo haberse inferido directamente de él. Si 4 fuese equivalente al principio de autonomía, podría justificárselo directamente a partir del presupuesto. Pero 4 es más restringido que 1, de modo que podría justificarse un principio

---

[11] Interpretación:
Mxy = Ser «y» un principio moral libremente adoptado por «x».
Dxy = Ser deseable que «x» actúe según «y».
Ty = Ser «y» válido.
Ay = Ser «y» autorreferente.
Argumento B

1. (x)(y) (Mxy -> Dxy)	premisa
2. (Ex)(Ey) (Mxy.Ay.-Ty.-Dxy)	supuesto
3. (x)(y)(Mxy -> Dxy).(Ex)(Ey)(Mxy.Ay.-Ty.-Dxy)Dxy).	Conj. 1 y 2
3'. (Ex)(Ey) [(Mxy -> Dxy). -(Mxy -> Dxy)]	Inf. de 3
4. (x)(y) [(Mxy.Ay.-Ty) -> Dxy]	Inf. de 2 y 3 por Red. Abs.

más general infiriendo directamente de 1, por identidad, el contenido de éste.

Para hacer la conclusión más amplia, podríamos modificar 2 constituyéndola exactamente como la negación de 1, de modo que la conjunción de 1 y 2 no sólo fuese contradictoria (implicara una contradicción) sino que fuera en sí misma una contradicción. El resultado obvio sería que la conclusión coincidiera con 1. Nuevamente hubiese sido más fácil inferirla a partir de 1, por identidad.

Por último podríamos intentar modificar 2 para que su negación fuese más amplia que 1, y así la conclusión abarcase más casos que el presupuesto. Supongamos, por ejemplo, que queremos arribar al resultado de que es deseable que actuemos según la libre adopción de principios de conducta, excluyendo la propiedad de que sean principios morales. En este caso 2 expresará que hay al menos un caso de acción según la libre adopción de un principio libremente adoptado, en donde no es valioso que el agente actúe según éste. Pero este enunciado no es contradictorio con 1, porque 1 no afirma que sean valiosos todos los casos referentes a principios libremente elegidos sino sólo los referentes a principios morales, de modo que entre aquellos que no incluye podría estar el caso expresado en 2. Así, la contradicción no se formará y no podremos deducir la negación de 2.

En suma, el argumento no permite inferir más que lo incluido en los presupuestos o premisas del argumento. Esto no es extraño, dado que es lo que ocurre en la lógica tradicional y que estamos trabajando con un argumento de esta clase.

La utilidad del argumento pragmático dependerá, en última instancia, del contenido de los presupuestos de la acción o hecho de que parta. Nuestro trabajo consistirá de aquí en adelante, en el estudio de los presupuestos del discurso moral de que habla Nino y que incorpora (o podría incorporar) a su argumento. Analizaré su relación con el principio de autonomía y su aptitud para justificarlo.

El último paso del análisis debería ser una investigación del hecho mismo de la discusión moral para determinar cuáles son sus presupuestos. Si implican el principio de autonomía o, en definitiva, algún principio moral, o de conducta. Esta investigación no puedo encararla en el ámbito de este artículo. Daré sólo algunos argumentos en favor de la tesis de que el principio de autonomía no está presupuesto en el discurso moral y de que en consecuencia, por este método, no puede ser justificado.

3. El presupuesto mínimo del discurso moral

El argumento que da C. Nino en favor del principio de autonomía de la persona está fundamentado en un presupuesto del discurso moral que él considera un presupuesto mínimo. Esto significa que es la afirmación más restringida a que estamos comprometidos al realizar la acción de participar en el discurso, independientemente de nuestro compromiso con otras creencias que pudieran estar presupuestas y con los principios y enunciados que implicasen. Este presupuesto mínimo expresa: «Es deseable que la gente determine su conducta sólo por la libre adopción de los principios morales que, luego de suficiente reflexión y deliberación, juzgue válidos»[12].

La cuestión que intentaremos clarificar aquí es si este enunciado contiene de algún modo al principio de autonomía de la persona, dado que vimos en los parágrafos anteriores que la plausibilidad de validar tal principio por medio del argumento citado depende de que pueda inferírselo de los presupuestos del discurso.

En primer lugar destaquemos que esta formulación es más fuerte que la que figura en el argumento que veníamos analizando, dado que habla de la determinación de la conducta «*sólo* por la libre adopción...», de modo que incluye no únicamente la deseabilidad de ciertas formas de determinar la conducta, sino que agrega que las demás formas de determinarla no son deseables. Este contenido sería muy difícil de justificar, y además más extenso de lo que Nino parece necesitar en su argumentación, como lo prueba el hecho de que en adelante menciona el presupuesto en su forma más restringida, hablando sólo de la deseabilidad de las conductas en cuestión. En esta forma es como lo manejaremos de aquí en más, que es coincidente con el presupuesto usado en el argumento de Nino y en las variaciones que hicimos sobre él.

En segundo lugar recordemos que el principio de autonomía consta de dos partes o aspectos, el primero consistente en valorar positivamente la autonomía o libertad de elegir y materializar libremente planes de vida e ideales de excelencia humana, el segundo consistente en vedar al Estado y a los individuos interferir en el ejercicio de esa autonomía. La fundamentación del segundo aspecto depende de la del primero y es éste el que analizamos aquí.

Nino admite, en cuanto al primer aspecto, que el valor del ejercicio de la autonomía no es un valor en sí mismo, sino que está subordinado prácticamente al valor de la autonomía como libre

[12] *Ob. cit.,* p. 230.

elección de principios. El ejercicio de la autonomía es una condición de posibilidad de la autonomía misma y el valor de la autonomía se extiende a sus condiciones de posibilidad. Por eso resulta extraño que en la argumentación posterior intente fundamentar el valor del ejercicio de la autonomía, es decir, la realización de las acciones que estén de acuerdo a principios libremente elegidos, y no el valor de la autonomía misma. Las consecuencias de esta decisión no vuelven inútil la tentativa, dado que parece intuitivamente aceptable asumir que si es valioso o deseable actuar según ciertos principios libremente elegidos (ejercicio de la autonomía), también lo será elegir libremente esos principios (autonomía). El principio o regla implícita es que son valiosas las condiciones de posibilidad de los hechos valiosos. Pero si bien este mecanismo nos permite inferir el valor de la autonomía, no muestra el nivel de prioridad que Nino pretende que tiene el valor de la autonomía sobre el de su ejercicio. La prioridad más bien aparece invertida.

Por eso creo que es un error de Nino construir el presupuesto mínimo del discurso moral sobre el valor o deseabilidad del ejercicio de la autonomía. Sólo si adoptáramos como valor primario el de la autonomía podríamos inferir como valor secundario el de su ejercicio, en la medida en que fuese necesario asegurar un cierto grado de ejercicio de los principios de conducta a elegir para permitir esa elección (nadie elegiría un principio de acción que supiese que no podrá usar). El valor del ejercicio de la autonomía incluye, como condición de posibilidad, el de la autonomía misma[13].

Notemos que en el argumento de Nino y en las variaciones que propusimos, la forma lógica no se modificaría si reemplazáramos el concepto de deseabilidad de la conducta realizada según ciertos principios morales, por el de deseabilidad de la libre elección de

[13] Una vez terminado este trabajo, y gracias a las observaciones y respuesta del Dr. Carlos Nino, noté un error mío en este punto, donde hablé de una diferencia entre el valor de la autonomía y el valor de su ejercicio, y la prioridad entre ellos. La distinción a la que pretendí hacer referencia es la que Nino hace entre la libre elección de planes de vida e ideales de excelencia humana, y la realización de esos planes de vida. Ambos son aspectos de la autonomía que consiste en la elección y materialización de esos planes de vida e ideales.

Mi objeción debe leerse entonces como dirigida al argumento de Nino en cuanto se refiere al valor de que la gente actúe según ciertos principios libremente elegidos, y no al valor de la elección de esos principios. Para que el valor del ejercicio de esos principios dependa de la medida en que tal ejercicio sea condición de posibilidad de la elección, el argumento debió haber versado sobre el aspecto de la autonomía relativo a la elección de principios. Si, como hace Nino, se parte del ejercicio de aquellos principios el orden de prioridad aparece invertido.

esos principios, de modo que con el nuevo presupuesto podría construirse argumentos similares a los estudiados, siendo aplicable el análisis hecho sobre aquéllos. Sea cual fuere el presupuesto mínimo que consideremos implícito en la discusión moral, se refiere a la elección o al ejercicio de ciertos principios, debemos cuestionarnos algo que en los últimos párrafos asumíamos, a saber, si la «libre elección (o ejercicio) de principios morales (que juzgamos válidos luego de suficiente reflexión)», términos usados en los argumentos anteriores, es equivalente a, o implica, «la libre elección (y materialización) de planes de vida y la adopción de ideales de excelencia humana». Estos últimos son, recordemos, los términos en que Nino define el principio de autonomía de la persona.

El Dr. Nino considera que el concepto más amplio entre los que nos ocupan es el de principios morales en general, una subclase de principios morales es el conjunto de las pautas de la moral autorreferente que determinan los planes de vida de las personas[14], un tercer subconjunto es el de los ideales de excelencia humana que están presupuestos por aquellos planes de vida[15]. De este modo, el valor de la adopción de ideales de excelencia humana estará implicada[16] por el valor de la libre elección de los planes de vida que presupongan a esos ideales, a su vez la elección de planes de vida será siempre una libre elección de principios morales autorreferentes. Si se prueba que es valiosa la libre elección (o materialización) de principios morales autorreferentes se habrá

[14] *Ob. cit.,* p. 230.

[15] *Ob. cit.,* p. 229.

[16] No es claro qué pueda significar que un plan de vida presupone algún ideal de excelencia humana. Aparentemente no es un caso de presuposición entre hechos, ya que un plan de vida y un ideal de excelencia no son hechos, sino conceptos. Quizá podría pensarse que la elección de un plan de vida es un hecho que presupone el hecho de la adopción de un ideal de excelencia humana. Esto podría deberse a que elegir un plan de vida consiste, entre otras cosas, en adoptar un cierto ideal de excelencia. No intentaré aclarar este punto. Supondremos que la relación de la que habla Nino es de una clase tal que si se demuestra el valor moral de lo que está alcanzado por el primer concepto, se demostrará el valor moral de lo alcanzado por el segundo al que el primero presupone. Para esto no sería suficiente con demostrar que el concepto presupuesto es condición necesaria del otro, dado que no tiene por qué ser verdadero que si algo es valioso o deseable, lo será también cualquier condición materialmente necesaria de aquel (como una consecuencia material, que bien podría ser moralmente indiferente). Pero admitiremos que si algo es, no sólo condición necesaria, sino también condición de posibilidad de otra cosa «x», entonces el valor de «x» se extenderá también a aquello que sea su condición de posibilidad. Repetimos que el ser condición necesaria es parte de la definición de ser condición de posibilidad, pero no agota necesariamente su significado.

probado el valor de la subclase de principios morales a que hace referencia el principio de autonomía.

Si se aceptan las categorías anteriores, entonces deberemos admitir que efectivamente el principio de autonomía está implicado en el presupuesto mínimo del discurso moral, en cualquiera de sus dos formulaciones, aunque vimos que si escogemos la que hace referencia al ejercicio de acciones se inferirá un error en la prioridad de los aspectos de la elección y la materialización de planes de vida.

Mi objeción aquí es justamente en contra de la aceptación de estas categorías. En primer lugar, restringen demasiado el principio de autonomía. No en el sentido de que se refiere solamente a principios morales autorreferentes, dado que parece aceptable sostener que sólo es valioso escoger un plan de vida cuando es un plan de la vida propia, al menos en el contexto liberal en el que se maneja la teoría que estudiamos. Creo que restringen el principio de autonomía porque según estas categorías sólo se considerará valiosa la elección de pautas de conducta cuando éstas sean principios morales. Sin embargo, en el sentido común de «plan de vida», las razones por las que decidimos vivir de un modo u otro, elegimos una profesión o con quién vivir, no son razones morales. Son más bien razones acerca de lo que queremos, de lo que sentimos importante. No de lo que sentimos bueno, debido, obligatorio. Estas ideas son discutibles, pero me parece claro que un plan de vida, al menos en gran parte, no es un conjunto de principios morales. Y que si a partir de un presupuesto que afirma el valor de la libre elección de principios morales, pretendemos inferir el valor de los planes de vida que hacemos día a día, por razones prudenciales, tal inferencia será imposible. Si, en cambio, restringimos el concepto de plan de vida, para considerar incluidos sólo los principios morales que lo compongan, entonces no habremos conseguido justificar el principio liberal de que es valioso que la gente elija libremente su plan de vida, y decida qué hacer con su tiempo, sus recursos, sus capacidades, al menos en los casos en que esté claro que no debe destinarlos a cumplir obligaciones morales.

Si la libre elección de planes de vida en este sentido amplio no puede considerarse valiosa en base al presupuesto que usamos, esto de ningún modo significa que sea disvaliosa. Bien podría ser moralmente indiferente que alguien eligiera libremente sus metas. La libertad sería deseable sólo en el sentido de que la gente la desea. Esto no implicaría el disvalor de la libertad. Aclaro este punto por si alguien pudiera sentirse tentado a fundamentar el valor de un principio de autonomía amplio en el rechazo de un

principio contraintuitivo como el citado. La autonomía en general no es disvaliosa. Esto lo sabemos porque probamos que al menos a veces es valiosa, a saber, los casos en que se trata de la libre elección de principios morales autorreferentes. Pero que no sea disvaliosa no significa que sea valiosa. Hay casos en que lo es, y casos, los no abarcados por nuestro presupuesto mínimo del discurso moral (casos de principios no-morales), en que no lo sabemos.

La alternativa más obvia para intentar una ampliación del principio de autonomía es ampliar el presupuesto mínimo del discurso moral, para que lo implique. Deberemos sostener que cuando participamos en una discusión moral lealmente, tácitamente admitimos que es deseable que nuestro interlocutor (para cualquiera que lo fuese) elija libremente (o aún que actúe en base a) cualquier principio elegido libremente. Pero este presupuesto es muy difícil de justificar.

El análisis de este tema exigiría un estudio cuidadoso de la discusión moral para determinar con exactitud sus presupuestos. El estudio es necesario aún para fundamentar el presupuesto mínimo del discurso moral que manejamos hasta ahora. Pero es una investigación extensa que no puedo encarar en este artículo.

Sinceramente no creo que el hecho de discutir moralmente presupone ningún principio moral, ni aún la existencia de principios morales. Creo que participar lealmente en una discusión moral no es incompatible con una firme creencia en el principio de que si alguien después de reflexión suficiente, llega a un principio moral inválido, debe evitarse coactivamente que lo aplique. Tampoco es incompatible con la creencia de que es valioso que la gente actúe según los principios que juzgue válidos. Ni con la creencia de que las acciones no son algo susceptible de ser moralmente valorado. Quizá haya ciertos rasgos formales que deben satisfacer los principios morales si han de ser postulados como tales. Pero será una forma vacía. Deberá buscarse un método distinto del de la contradicción pragmática, y el uso de los presupuestos del discurso moral. Pero esto, claro, no lo he probado todavía.

REPLICA A MARÍA INÉS PAZOS

Cuando intenté derivar el principio de autonomía de la persona de los presupuestos del discurso moral en *Ética y derechos humanos*[1], lo hice con toda conciencia de que esa derivación era demasiado buena para ser correcta, ya que ella mostraría algo que no es poca cosa: que cuando encaramos una actividad que es prácticamente imposible eludir -la de la discusión moral- estamos comprometidos con un principio fundamental de filosofía política y moral del que derivan los derechos humanos básicos. Sin embargo, tuve que esperar ocho años desde la primera edición española del libro para que se intentara una refutación seria de esa derivación. La espera valió la pena, ya que el trabajo de Pazos es realmente notable por la agudeza de su análisis.

Sin embargo, me temo que, esta vez, la refutación no da en el blanco por las siguientes razones que expongo brevemente:

1. Es cierto que un argumento basado en una inconsistencia pragmática alude a una contradicción lógica entre enunciados, como yo mismo lo hago explícito al exponer este argumento. La distintividad del argumento se da precisamente en el nivel pragmático y no en el plano lógico: dado que la persona a quien se ataca con este argumento no afirma dos o más proposiciones contradictorias, el argumento supone la posibilidad de ampliar el ataque cuando se afirma una proposición y se actúa presuponiendo razones cuyo contenido proposicional es lógicamente contradictorio con la proposición afirmada. Por tanto, del hecho de que este argumento apunte a una contradicción entre enunciados «en el sentido tradicional» no parece seguirse que en él «no hay estricta-

[1] Primera edición, Paidós, Buenos Aires, 1989; segunda edición, Astrea, Buenos Aires, 1989; Ariel, Barcelona, 1989; edición inglesa, Oxford University Press, 1991.

mente un caso de contradicción pragmática como pretende, sino uno de contradicción entre los contenidos de dos afirmaciones...» (¡me parece que, justamente, la gracia del argumento reside en que él ataca a alguien que no ha hecho *dos afirmaciones* con contenidos contradictorios!). Claro está que hubiera sido más «práctico», como dice Pazos, inferir el principio de autonomía del mismo principio de autonomía, recurriendo a la relación de identidad. Pero el problema es que el perfeccionista no suele endosar abiertamente el principio de autonomía, puesto que si lo hiciera no sería perfeccionista.

2. Pazos tiene razón, evidentemente, en que la negación de un principio general tiene que ser un enunciado particular. Por cierto que la negación del principio de autonomía tiene esa forma de enunciado particular, ya que consiste en la afirmación de que hay *algún* caso en que no es deseable que alguien actúe libremente sobre la base de un principio moral auto-referente que considera válido, a saber: el caso en que ese principio es inválido. Por lo tanto, la reconstrucción correcta de mi argumento es la que Pazos denomina «B», bajo la cual ella admite que el argumento es válido[2].

3. Pazos pega muy cerca del blanco cuando al final de su trabajo objeta que el principio de autonomía de la persona tal como está formulado por mí es demasiado restringido, ya que sólo comprende la libertad de elegir y materializar principios morales autorreferentes o ideales de excelencia humana (entre paréntesis: yo asimilo ambas categorías) y no la elección de planes de vida que no consisten en principios morales. Mi respuesta es que los planes de vida y aún las elecciones más anodinas *siempre presuponen principios morales, al menos permisivos.* Si un perfeccionista se opusiera a que alguien realice una actividad tan aparentemente inocente como jugar al fútbol es porque sostendría que el cualquier principio moral autorreferente que permitiera jugar el fútbol sería inválido. El liberalismo defiende el derecho de la gente a realizar estas conductas, no por un camino directo que siempre ha resultado problemático, sino por la vía indirecta de sostener que la supuesta invalidez de un ideal de la moral autorreferente -que declara permitida u obligatoria una cierta acción- no es razón para prohibirla jurídicamente.

[2] No entiendo la distinción de Pazos entre autonomía y ejercicio de la autonomía: la autonomía implica un ejercicio, ya que consiste en la elección y materialización libre de ideales de excelencia humana y planes de vida. La distinción me resulta tan incomprensible como una que se hiciera, digamos, entre la natación y el ejercicio de la natación.

Dije recién que este último punto de Pazos pega muy cerca del blanco porque creo que el flanco más débil de mi argumento está relacionado con el concepto de ideal de excelencia humana o principio moral autorreferente, que necesita un desarrollo bastante más articulado del que yo propuse hasta ahora. Espero que en sucesivos trabajos Pazos se acerque cada vez más a ese blanco empleando las armas conceptuales que maneja con tanta destreza.

WEBER Y LA DUPLICACIÓN DE LA CIENCIA JURÍDICA. UNA REPLICA A BERGALLI [*]

La intervención de Bergalli sobre mi nota *(Lo statuto scientifico della sociologia del diritto e* la *tutela weberiana,* publicada en el primer número del año 1991 de los «Materiali per una storia della cultura giuridica») me ofrece la posibilidad de precisar mi punto de vista sobre la institucionalización de la sociología jurídica. Y por este motivo se lo agradezco, así como por las amables palabras que ha querido dedicar a mi producción científica. Estoy seguro que yo mismo no tendré el acierto de ilustrar las orientaciones de fondo y los contenidos con tanta precisión y eficacia. Sin embargo, hay una circunstancia que Bergalli omite, y es necesario que sea yo quien la rescate: el hecho es que la nota en cuestión además de disentir, en su parte final, sobre la valoración de la contribución weberiana a la fundación epistemológica de la sociología del derecho, enuncia ante todo aprecio por el valor de los estudios recogidos en *El Derecho y sus Realidades,* y sincera admiración por la inteligencia y tenacidad con la cual Bergalli busca promover en España las suertes, académica y científica, de la sociología jurídica. Un aprecio y una admiración que es útil confirmar aquí:

[*] Tal como indica su título, la presente nota constituye una réplica a la que, firmada por Roberto Bergalli, apareció bajo el título de *Más sobre la institucionalización de la sociología jurídica (Un agradecimiento y una respuesta a Realino Marra),* en el n.º 10, 1991, de DOXA (sección «Notas», pp. 329-338). A su vez, como se aludía en el texto de esa nota de Bergalli, ella era una respuesta a la original de Marra, la cual dio origen al interesante debate que se continúa en el presente texto que aquí se publica, y que con el título de *Lo statuto scientifico della sociologia del diritto e la tutela weberiana* fue incluida en los *Materiali per una storia della cultura giuridica* (vol. XXI, n.º 1, giugno 1991, pp. 277-287), como recensión del libro *El derecho y sus realidades (Investigación y enseñanza de la sociología jurídica),* vol. n.º 5 de la colección «Sociedad-Estado» (PPU, Barcelona 1989), coordinado por R. Bergalli. En consecuencia, esta nota original de Marra no ha aparecido en España y ello se debe a la publicación posterior de la mencionada respuesta de Bergalli.

replicando que mi aproximación diverge de la de Bergalli únicamente en una cuestión, si bien ello tiene ciertas consecuencias en el modo de configurar la identidad científica de la disciplina.

Recapitulando brevemente. En mi nota manifestaba sorpresa por el acuerdo mostrado por muchos intérpretes de Weber (entre ellos algunos de los autores del libro de Bergalli, y Bergalli mismo) al considerar «la solución separatista» como la perspectiva metodológica más apropiada para especificar, al mismo tiempo, la ubicación de la sociología jurídica respecto a la ciencia del derecho tradicional (la denominada dogmática), y las funciones cognoscitivas de la disciplina. Particularmente, me parecía injustificado un consenso tan amplio en relación a una configuración de la sociología del derecho que quizá le habría garantizado alguna certificación de cientificidad, así como una aceptación menos recelosa por parte de la dogmática, pero que, por otra parte, confinándola al examen del proceder social *determinado o condicionado* por el derecho, le habría vedado por siempre la entrada en los santuarios del derecho. Me parecía, y continúa pareciéndome, decididamente demasiado poco.

En la nota me ocupaba de *El Derecho y sus Realidades,* y por tanto mi crítica debía ceñirse a este punto, esto es, al problema de una excesiva aquiescencia -insisto, desde mi perspectiva- en relación con las orientaciones metodológicas weberianas. Pero debo señalar aquí, como justificación parcial de una actitud como la mencionada, que mi disenso y mi sorpresa no eran, realmente, más que el reflejo de un interrogante más amplio relativo directamente a Weber. Sin pretensión de originalidad (pueden encontrarse algunos apuntes sobre esta cuestión en un antiguo libro de Schelting, *Max Webers Wissenschaftslehre,* de 1934) me refiero brevemente a este tema.

Si leo la *Rechtssoziologie* de Weber, naturalmente no puedo más que juzgarla como una obra histórico-sociológica de incomparable nivel sobre la formación del *derecho* y de la *cultura jurídica* moderna. Es más, si analizo las obras precedentes del autor (del «joven» Weber), por ejemplo la investigación sobre los cambios en las relaciones de trabajo en las provincias agrarias situadas más allá del Elba (1892-1899) o sus trabajos sobre la legislación bursátil (1894-1897), sin duda debo reconocerlas como muy apreciables investigaciones de sociología de derecho empírica. Finalmente, si me veo obligado a justificar tal estimación, la razón que aduciré es principalmente la que sigue: el hecho de que Weber, en estas obras, ha desatendido afortunadamente las directrices metodológicas que él mismo señala. ¿Es cierto que Weber se ocupa en estos trabajos únicamente de comportamientos guiados

por el derecho, de motivaciones del operar normativo, de impacto (como dicen los sociólogos del derecho moderno) y de eficacia? En absoluto: Weber no sólo se refiere constantemente a ordenamientos jurídicos, antiguos y modernos, a instituciones y normas, no sólo no separa, no distingue sino que de manera notoria *conecta;* instituye densísimos nexos entre producción normativa y obrar social, entre el sentido interno de las normas y las representaciones de sus destinatarios, entre legalidad y valores, entre derecho y hecho. Y tanto es así que finalmente la imagen que prevalece es la de una perspectiva unitaria, la cual conduce a un estudio del derecho como un fenómeno social más, siendo analizado, por tanto, en relación con la concreta realidad histórica en la cual se inserta.

Es éste el Weber sociólogo del derecho que prefiero (y que me ofrece magníficas razones para continuar estudiándolo, y para considerarme, en cierta medida, un «weberiano»): aquél que entra, por así decirlo, en contradicción consigo mismo, con sus premisas de método. En relación a Bergalli y al libro a su cargo, probablemente reside aquí, en esta imagen discordante del estatuto científico y del papel de la sociología del derecho, la fuente de ciertas incomprensiones entre los lectores de Weber. Ciertamente, quien tenga en mente los extraordinarios análisis de la *Rechtssoziologie* difícilmente negará a Weber un puesto de primer plano entre los fundadores de la disciplina. No dudo que Bergalli y sus colaboradores habrán pensado sobre todo en estas páginas; sin embargo, el problema -y no precisamente pequeño- consiste en conectarlas con aquellas partes de *Wirtschaft und Gesellschaft* o incluso con el largo ensayo de 1907 sobre Stammler, en las cuales Weber, en el papel de divisionista, distingue radicalmente entre el plano del devenir *real* y el del deber ser *ideal*. La diferencia -tal vez- con Bergalli reside en este punto: él no ve contradicción absoluta, y por lo tanto considera posible una relación o una conexión, entre las dos imágenes de la sociología del derecho suministradas por Weber. Personalmente las considero irreconciliables y por ello, de manera más modesta, me limito a escoger, y prefiero aquella «parte» de la producción científica weberiana que aplica, de hecho, una idea unitaria de los estudios sobre el derecho.

Naturalmente, aún queda por resolver el problema de los orígenes de esta singular separación en el pensamiento socio-jurídico de Weber. No es posible afrontarlo en extenso en esta sede, ya que las respuestas adecuadas únicamente pueden venir de una profunda investigación sobre la biografía intelectual del autor. Me limito aquí a referir de manera sintética algunas de las tesis que he avanzado en un libro reciente *(Dalla comunità al diritto*

moderno. *La formazione giuridica di Max Weber,* Torino, 1992). En los años de su aprendizaje jurídico, desarrollado bajo el signo predominante de las orientaciones formalistas del «método jurídico», Weber se aproxima a una idea de ciencia del derecho como estudio del sentido lógicamente correcto de las normas, con el objetivo final de retomarlas dentro de un sistema coherente, privado de contradicciones y lagunas. En efecto, posteriormente, como he indicado, él se aleja con cierta frecuencia de una imagen tan tradicional de jurisprudencia, y sin embargo la confirma sin duda alguna en sus escritos metodológicos. Esto lo ha hecho muy probablemente con el objetivo de mostrar cómo también una ciencia social puede devenir, en su aparato teórico, una ciencia formal, elevarse a saber nomotético, orientado hacia la construcción de un sistema de leyes generales. Ahora bien, es indudable que la ciencia jurídica del siglo XIX se había revelado a Weber, al menos aparentemente, con notables capacidades en este sentido. En sustancia, pienso que la duplicación de la ciencia jurídica entre una perspectiva (individualizadora) histórico-sociológica y otra contrariamente generalizadora, dirigida a la construcción *more geometrico* de escalas o pirámides conceptuales (en la dirección de Puchta y, en general, de la pandectística alemana), ante todo había tenido para Weber un significado polémico: demostrar, principalmente frente a Dilthey, que distinguir las ciencias histórico-sociales de las ciencias naturales no es el *objeto* de la investigación sino su *objetivo*. Pero esto, precisamente, volviendo a proponer de manera totalmente acrítica la imagen más antigua de la dogmática como ciencia de conceptos abstractos y cerrando de esta manera el camino a cualquier tentativa de cualificación unitaria de la ciencia jurídica como disciplina (exclusivamente) histórico-social.

Lo que esencialmente cuenta para los fines de la discusión es que se ha producido una significativa fractura en el modo de pensar las tareas y la división del trabajo dentro de la ciencia jurídica, y Weber, desde la altura de la autoridad conseguida en el *Methodenstreit* en la Alemania de entre siglos, ha sido determinante para imponerla. Ciertamente, contra el relativismo de Dilthey y contra la distinción realmente radical, entre ciencias nomotéticas y ciencias ideográficas, de Windelband y Rickert, Weber opina que también en la investigación histórica es posible conseguir la formulación de leyes generales, los tipos ideales; y ello aunque sólo sea como instrumento de estudio y nunca como fin de la misma (que es siempre y exclusivamente la comprensión de los fenómenos históricos en su individualidad) y con una naturaleza probabilista y parcial, indudablemente lejana de las abstracciones

características de los conceptos propios de las ciencias nomotéticas. Así es como, precisamente a través de la discusión de este problema -el lugar del saber nomológico en el ámbito de las disciplinas ideográficas- Kelsen, después de Weber, llega a negar autonomía científica a la sociología del derecho, como ciencia histórico-social de los fenómenos normativos.

Y de esta manera llegamos a la segunda etapa del trabajoso proceso de emancipación de la disciplina: desde la separación de la ciencia jurídica «oficial», al vasallaje en relación a ésta. Kelsen lo tiene fácil, desde el punto de vista de una orientación divisionista (como la suya o la de Weber), para negar a la sociología jurídica incluso la legitimidad del calificativo «jurídica»: y efectivamente, si esta disciplina debe ocuparse, como sostiene Weber, exclusivamente de los comportamientos condicionados por el derecho, no puede ser definida propiamente como una ciencia normativa, sino sólo como una ciencia del obrar, como una disciplina, ni más ni menos, precisamente sociológica. Pero no es suficiente. A Kelsen no se le puede escapar -la circunstancia es demasiado evidente- el hecho de que Weber se ocupe también de normas positivas, y en consecuencia use conceptos como «Estado», «ordenamiento jurídico», «negocio jurídico», «sanción», «obligación», etc. Probablemente, Weber se justificaría afirmando haberse servido en este caso del saber nomológico característico de una ciencia histórico-social y, por tanto, de tipos ideales, de conceptos que contienen los caracteres típicos, esenciales, de cierto fenómeno: un aparato coercitivo, un obrar en comunidad regulado por normas, y así sucesivamente. Por contra, para Kelsen éstos no son otra cosa que los *mismos* conceptos empleados por la dogmática; y la ambigüedad de Weber no puede sino confirmar su superioridad y, sobre todo, su necesidad: esto es, el hecho de que cuando disciplinas *externas* al universo jurídico, como la sociología o psicología social, hacen referencia a cuestiones y a términos jurídicos deben reconocer su especificidad, su pertenencia a un ámbito peculiar, diferente y totalmente separado del mundo del ser.

Separación, subordinación y finalmente ocultamiento con el neopositivismo. El ideal de ciencia que se afirma durante buena parte del siglo XX prescribe disciplinas rigurosas, exactas, verificables. En el campo jurídico, tras el paréntesis de los movimientos antiformalistas, la atención también vuelve a concentrarse en la dogmática (que responde mejor, aparentemente, a aquellos criterios), mientras el descrédito de los «pseudo-problemas» de las disciplinas filosóficas asalta también, de manera inevitable, a la sociología. A partir de este momento el debate sobre el carácter científico de la jurisprudencia evidencia un desolador regreso a

posiciones pre-diltheianas, quedando enteramente centrado en la posibilidad de dar rigor y sistematicidad al lenguaje del legislador. Dejando de lado, naturalmente, a los realistas, la idea de una ciencia social del derecho, caracterizada por los procedimientos y por los objetivos propios de las otras ciencias sociales, difícilmente consigue elevarse al rango de una alternativa creíble en las infinitas disputas sobre la coherencia y la integridad del ordenamiento jurídico, no obstante las muchas (y bien merecidas) frustraciones padecidas por los juristas.

Esta es, resumidamente, la nada exultante parábola de la sociología del derecho. Ella depende también -no exclusivamente, como es obvio- de la obra de sistematización metodológica weberiana, ya que su exclusión, en este proceso, seguramente habría sido menos fácil sin aquella «separación» inicial. Para los juristas tradicionales, habituados al trabajo secular sobre los códigos y sobre las leyes, la lisonja de la asimilación de la jurisprudencia a las ciencias exactas va aparejada naturalmente a reivindicaciones de «pureza» y consiguientes actitudes de cerrazón en relación a los análisis histórico-sociales. En suma, aún después del derecho libre y del realismo jurídico europeo y americano, el modelo de cientificidad que continúa seduciendo a la jurisprudencia es el de las ciencias naturales, de manera similar a lo que sucedía en los tiempos de las ingenuas discusiones suscitadas a mediados del siglo XIX por el famoso librito de Kirchmann. Con la diferencia respecto de entonces que, a pesar de los estímulos de los neopositivistas, ante un legislador sin frenos ni controles el riesgo de desilusiones y de bruscos despertares es comparativamente más alto. Y esta situación es tanto más desoladora si se considera que sólo la jurisprudencia sigue debatiéndose entre ilusiones y desconsuelos risibles, cuando las restantes ciencias humanas ya han abandonado prudentemente la perspectiva de la comparación, o de la simple asimilación, con las ciencias naturales.

En definitiva, se ha perdido mucho tiempo. Y por tanto es más necesario que nunca que la sociología del derecho desarrolle en esta fase sobre todo una función crítica para la definitiva superación de la ideología jurídica tradicional. Cuando por fin se afirme una idea de ciencia del derecho entendida como ciencia social unitaria, que se ocupe de hechos, esto es de todos los fenómenos, también de los lingüísticos, ligados a la producción y a la aplicación de normas, se podrá también pensar en programas más o menos detallados de división del trabajo. Querría decirle a Bergalli que ello no constituye, en suma, un proyecto de remoción y sustitución (a la manera de Ehrlich), en base a una idea de sociología jurídica como única, verdadera ciencia del derecho. Lo que se persigue es,

ante todo, un objetivo de institucionalización de la disciplina *en el interior* de la ciencia jurídica, como consecuencia del reconocimiento de la necesidad de una colaboración entre todos los científicos del derecho. Se le asigna igualmente después un papel de impulso hacia esta perspectiva unitaria, como también una tarea de promoción del modelo de investigación histórico-empírica junto a otras disciplinas que se ocupan de los fenómenos normativos. En este sentido pienso principalmente en la dogmática (sería mejor hablar de estudio doctrinal de derecho) respecto a los «discursos» del legislador, y en la teoría general, como metajurisprudencia, en relación a la primera. Únicamente las ciencias del lenguaje empíricas y no formalistas pueden dar cuenta de las prácticas lingüísticas efectivas que caracterizan, respectivamente, a la producción de normas y al trabajo teórico del jurista.

Es probable que, incluso después de esta discusión complementaria, se mantengan las diferencias entre la postura de Bergalli y la mía. Al menos creo que el lector de nuestras notas advertirá finalmente, más allá de la discusión sobre concretas valoraciones, el objeto común que ambos nos esforzamos en perseguir y también la importancia que en este sentido atribuimos al pleno reconocimiento del importante papel que la sociología del derecho puede desenvolver para el desarrollo de un estudio moderno de los fenómenos jurídicos.

(Traducción de José Luis Domínguez Figueirido,
revisada por Roberto Bergalli)

E N T R E V I S T A

ENTREVISTA A GEORG HENRIK VON WRIGHT

1. *Tu obra, y especialmente* **Norma y Acción,** *ha ejercido una gran influencia en la filosofía del derecho en los últimos 25 años. ¿Cuáles han sido tus contactos con la filosofía del derecho antes de haber escrito* **Norma y Acción?**

-Mi contacto con la filosofía del derecho fue establecido en una época relativamente tardía, después de haber «descubierto» la lógica deóntica y haber notado que el descubrimiento atrajo también la atención de los teóricos del derecho. Después de mi regreso de Cambridge a Helsinki en 1952 he participado por algunos años en un círculo de discusión, llamado **Theoria Juris,** que fue fundado por Otto Brusiin.

El primero, y por mucho tiempo el único, filósofo del derecho, cuya obra había conocido, era Hans Kelsen. He llegado a admirar su obra sobre la teoría del derecho y del estado -y me sentí muy contento de tener la oportunidad de encontrarme con él durante su visita a Finlandia en 1952. Él ya estaba familiarizado con mi obra sobre la lógica deóntica y pensaba que ésta apoyaba algunas de sus propias ideas referentes a «contradicciones» y «lagunas» en el derecho. Presumiblemente, Kelsen cambió más tarde sus opiniones respecto de la relevancia de la lógica (deóntica) para la teoría jurídica.

2. *¿De qué manera las reacciones de los filósofos del derecho a* **Norma y Acción** *y a tus artículos sobre la lógica deóntica han influenciado tu propio pensamiento?*

-Mis propias ideas sobre la lógica deóntica ciertamente han sufrido muchos cambios desde el nacimiento de esta temática hace unos cuarenta años. Pero estos cambios sólo han sido causados en mínima medida por lo que han escrito otros, sea críticamente, sea con espíritu positivo. El desarrollo de mis pensamientos ha surgido de una necesidad interior de reflexionar sobre los fundamentos conceptuales y presuposiciones de la materia. Pienso que puedo decir honestamente que los únicos autores que han

estimulado y hasta cierto punto influenciado mis pensamientos son Carlos Alchourrón y tú. Las observaciones de Alchourrón y tuyas sobre cuestiones de fundamentación -tales como, por ejemplo, la distinción entre normas y proposiciones normativas- resultaron para mí filosóficamente desafiantes. Y algunas de vuestras contribuciones constructivas -por ejemplo, aquellas referidas a la lógica de la derogación- han abierto nuevos rumbos también para mí en el desarrollo técnico de esta nueva rama de la lógica.

3. *¿Cuáles en tu opinión la importancia de la lógica deóntica para la filosofía del derecho?*

-Sobre esta cuestión no tengo una opinión definida. La razón es que soy demasiado ignorante de la teoría jurídica, a pesar de las lecturas de Kelsen y Hart y más tarde también de Aarnio, Dworkin, Perelman y otros. Entiendo que la cuestión es problemática. Implícitamente, sin embargo, estoy convencido de que la lógica deóntica es importante para todo intento de comprender la estructura conceptual de los órdenes jurídicos. Pero estoy dispuesto a conceder que puede haber distintos enfoques para la comprensión del derecho para los cuales la lógica deóntica es menos útil. Por ejemplo, la hermenéutica de los textos jurídicos y el estudio de la argumentación jurídica.

4. *Desde que escribiste hace ya cuarenta años tu primer artículo sobre la lógica deóntica, se ha publicado sobre este tema una gran cantidad de libros y artículos, por filósofos y lógicos. ¿Qué piensas hoy sobre esta rama de la lógica? ¿Cuáles son sus principales logros y defectos? ¿Cuáles son los principales problemas en este campo que no han sido solucionados hasta ahora?*

-Ha sido una sorpresa para mí que la lógica deóntica haya atraído tanta atención por parte de los lógicos y de los teóricos del derecho. (El número de trabajos publicados sobre el tema excede hoy de 2000 -sin contar a los precursores en el período de preguerra o en la tradición escolástica de la Edad Media). Una razón para ello, estoy seguro, ha sido el hecho de que la lógica deóntica resultara más interesante como lógica- y también más problemática- de lo que se podía esperar.

Entre los hitos en el desarrollo formal de esta disciplina en los últimos cuarenta años, para mencionar unos pocos, están el intento de Alan Anderson de «reducir» la lógica deóntica a la lógica modal ordinaria (y las discusiones a que dio lugar); el descubrimiento de Alchourrón y tuyo de la lógica de la derogación de normas y su tratamiento; quizá también mis propios esfuerzos, seguidos por otros, de basar la lógica deóntica en una teoría formal de la acción humana y de los cambios en la naturaleza. En época reciente hay también un interés creciente en las aplicaciones

de la lógica deóntica al estudio de la inteligencia artificial y el desarrollo de los llamados sistemas expertos.

5. *Has cambiado varias veces en el transcurso de los años tu posición respecto de la interpretación de la lógica deóntica. La has considerado sucesivamente como una lógica de normas o como una lógica de las proposiciones normativas, esto es, de las proposiciones acerca de (la existencia de) las normas, o como una «quasi lógica» de la legislación racional. ¿Cuál es tu posición ahora? ¿Piensas que a pesar del hecho de que las normas carecen de valores de verdad una genuina lógica de normas es, después de todo, posible?*

-Originariamente, pensé que la lógica deóntica no era más que otro vástago de la lógica modal que en aquel entonces estaba en proceso de renacimiento. Sólo unos diez años más tarde me di cuenta plenamente de que este vástago ofrecía no sólo inspiración para el lógico, sino también serios problemas para el filósofo. Lo que convierte a la lógica deóntica en problemática es el hecho de que, conforme a un punto de vista corriente y pienso que básicamente correcto, las normas carecen de valores de verdad, no son ni verdaderas ni falsas. Pero si esto es así, ¿de qué manera se puede hablar de una «lógica» de normas, de relaciones tales como contradicción y consecuencia entre normas? ¿O tal vez la lógica deóntica no sea «realmente» una lógica de normas, sino de algunas entidades relacionadas («proposiciones normativas») que son verdaderas o falsas? Estos interrogantes me han atormentado durante más de cuarenta años y han sido la fuerza motor detrás de mis esfuerzos continuados de contribuir a esta disciplina.

Como indicas en tu pregunta, mis opiniones han sufrido muchos cambios. En **Norma y Acción** adopté el punto de vista de que la lógica deóntica se ocupa primariamente de las proposiciones que dicen que tales y cuáles normas existen, pero también refleja las peculiaridades conceptuales de las normas mismas. Esta posición es insatisfactoria, pues convierte a la lógica deóntica en un «matrimonio» entre algo lógico y algo alógico.

Más tarde, en los años setenta y al comienzo de los ochenta, mis puntos de vista cambiaron en forma más radical, acercándose a un «nihilismo lógico» parecido a la posición de Kelsen en su vejez. Puesto que las normas carecen de valores de verdad, no puede haber entre ellas relaciones lógicas genuinas. Esta concepción, sin embargo, ¡tenía que reconciliarse con el hecho de que la lógica deóntica efectivamente existía! Pensé que esto era posible invocando la noción de racionalidad (actividad racional creadora de normas) para explicar la apariencia de las relaciones lógicas entre normas. De esta manera se podía «rescatar» la lógica deóntica

de la destrucción y justificar los esfuerzos de los lógicos para seguir desarrollándola.

Todavía mantengo fundamentalmente este punto de vista sobre el status lógico de las normas -pero con una modificación importante. Pienso ahora que las relaciones que gobiernan la legislación racional son genuinamente lógicas. Esta concepción tiene afinidades con los esfuerzos de Alchourrón y Martino para desarrollar una lógica sin verdad («logica senza verità»). Lo que hace que la lógica deóntica sea filosóficamente importante es -diría yo- que la lógica tiene efectivamente «un alcance mayor que la verdad». Esta opinión ya la expresé con estas palabras en una de mis primeras publicaciones sobre este tema. Pero lo hice en forma acrítica, sin darme cuenta de que esta tesis requería defensa y justificación elaboradas. Espero que haya logrado entre tanto darle el fundamento filosófico necesario.

Al mismo tiempo, sin embargo, ha ocurrido una nueva radicalización de mis pensamientos. Me he vuelto escéptico respecto del uso de las conectivas proposicionales (palabras tales como "no", "y", "o", etc.) tanto para unir formulaciones normativas genuinas, como para enunciar los contenidos de las normas. Si mi crítica está justificada, requerirá un cambio de las concepciones corrientes de cómo ha de ser construido un sistema formal (cálculo) de la lógica deóntica. Queda por ver si los lógicos aceptarán esta idea.

6. *¿En qué sentido la lógica (en sus diferentes ramas) es importante para la filosofía en general y para la filosofía del derecho en particular? Por lo menos desde los tiempos de Frege y Russell la lógica ha desempeñado un papel muy prominente en la filosofía, especialmente en la llamada filosofía analítica, que ha sido muy influyente en este siglo. ¿Piensas que esta situación ha de cambiar en el futuro? ¿Qué piensas de las futuras perspectivas de la filosofía analítica? ¿Hay signos que indican un cambio profundo en el clima filosófico?*

-La lógica ha desempeñado un papel central en la filosofía en los últimos cien años. Después de un largo período de desatención e incluso de esterilidad, la lógica experimentó un renacimiento drástico alrededor de 1900, primordialmente gracias a la obra de Frege y Russell. La lógica renacida resultó un instrumento poderoso para la clarificación de las estructuras conceptuales también en otras ramas de la filosofía, en particular en epistemología y filosofía de la ciencia. Russell, cuya participación en el renacimiento de la lógica ha sido crucial, también fue responsable, más que ninguna otra figura individual, por esta «invasión» de la lógica en la filosofía general. Sus pasos fueron seguidos por el joven Wittgenstein, quien, a su vez, desempeñó un papel decisivo en el

positivismo lógico del Círculo de Viena y su subsiguiente ampliación en el movimiento, conocido como la filosofía analítica, que abarcó a todo el mundo.

No vacilaría en calificar la filosofía analítica como la corriente más poderosa y más característica en la filosofía del siglo veinte. Pero ciertamente vacilaría en pronosticar que esto será así también en el siglo siguiente. Puedo dar dos razones para mis dudas.

La primera tiene que ver con el desarrollo interno de la lógica como disciplina. La lógica en su forma renovada comenzó como investigación sobre los fundamentos de la matemática -y los fundamentos de una materia son en virtud de su naturaleza también incumbencia de los filósofos. Pero como la «crisis de fundamentación» fue superándose gradualmente y dejó de «preocupar» a los filósofos, la lógica tendió a convertirse en una disciplina matemática entre otras. Tiene conexiones estrechas con la ciencia de la computación, siendo el computador mismo un resultado de la lógica pura. Por vía del computador, la lógica encuentra ahora rápidas aplicaciones también en la tecnología electrónica.

Mi segunda razón para el escepticismo tiene una fuente muy distinta. El positivismo lógico y el empirismo lógico, como así también la mayor parte de lo que más tarde se conoció bajo el rótulo de filosofía analítica, estuvieron desde el principio firmemente orientados hacia la ciencia. De esa manera, la filosofía analítica se convirtió en la filosofía *par excéllence* de una cultura marcada por la ciencia y la tecnología. Cabe decir que el progreso espectacular en esos aspectos de la civilización ha sido la gloria del siglo veinte, pero también cabe decir que la ciencia y la tecnología han problematizado las condiciones económicas, políticas y sociales en la tierra e incluso han creado amenazas para la supervivencia humana. Estos aspectos alarmantes y hasta «apocalípticos» de nuestra cultura no ofrecen obvio material de reflexión para la investigación conceptual del tipo del que la filosofía analítica orientada hacia la ciencia ha llevado a cabo tradicionalmente. Constituyen un desafío, en cambio, para la reflexión sobre problemas de naturaleza ética y también sobre problemas concernientes al hombre y a su destino. Se podría aventurar, tal vez, con cautela, la predicción de que la ética será el centro de la filosofía en el nuevo siglo, así como la lógica lo ha sido en las primeras décadas del presente siglo.

7. *Muchos filósofos del derecho, quizá la mayoría, no están ya interesados en la metaética, sino en la ética normativa, esto es, en problemas de valores, por ejemplo, referentes a los derechos humanos, liberalismo, paternalismo, problemas de ética médica*

(aborto, eutanasia, transplantes, etc.). ¿Piensas que tales cuestiones dan lugar a genuinos problemas filosóficos?

-Sí, creo que se trata de genuinos problemas filosóficos. Son en buena medida nuevas formas de viejos, más o menos perennes, problemas. Estos problemas han adquirido de nuevo urgencia debido a los cambios en la situación socio-política global y también a las repercusiones de la tecnología industrial sobre el medio ambiente. La «crisis cultural» que ha sido un fenómeno más o menos permanente desde el Renacimiento y la Reforma ha asumido de repente formas dramáticas, haciendo problemático el futuro de la humanidad.

Sin embargo, aunque sean genuinamente «filosóficos», los problemas que mencionas no pueden ser enfocados fácilmente con los «métodos» que han sido comunes en la llamada filosofía analítica. Creo que estos problemas requieren en parte nuevas técnicas conceptuales para su tratamiento exitoso, y a falta de tales herramientas la reaparición de esos problemas puede fácilmente aparecer como un retroceso hacia etapas ya superadas en el desarrollo histórico de la filosofía.

8. *El cognoscitivismo ético parece ser la tendencia dominante en nuestros días; muchos autores contemporáneos que escriben sobre temas éticos y políticos consideran que los juicios de valor son (objetivamente) verdaderos o falsos. ¿Cuál es tu opinión sobre el papel desempeñado por la verdad en este campo?*

-Debo confesar que observo con alguna desconfianza el surgimiento del cognitivismo en la teoría de los valores, así como también el renacimiento de la ética normativa y diversas doctrinas de derecho natural. Como ya lo he indicado, estos «renacimientos» han ocurrido como respuesta a problemas filosóficos reales, pero no estoy seguro de que representen «intentos nuevos» que son necesarios para tratar los problemas en el nuevo marco cultural en el cual aparecen ahora. El destierro no cognitivista de las normas y de los valores del campo de la ciencia y de la argumentación racional puede haber sido apresurado y necesita reconsideración. Pero las herramientas filosóficas para hacer frente a esta necesidad están todavía notoriamente ausentes.

Tal vez pueda referirme a la lógica deóntica para ilustrar este punto. Como hemos visto, la lógica deóntica suscita problemas que penetran profundamente en los fundamentos filosóficos del pensamiento lógico. Las respuestas, si tengo razón, modificarán las concepciones tradicionales de lo que es la lógica y mostrarán que la lógica como estudio de lo racional trasciende los límites de lo verdadero y lo falso. Una modificación similar puede ser necesaria en la teoría de los valores. Pero hay que hacerla todavía.

9. *Tú mismo has escrito bastante sobre problemas políticos y éticos; ¿consideras tus opiniones como objetivamente verdaderas o como meras expresiones de preferencias personales* y / *o actitudes emocionales?*

-Te refieres posiblemente a pensamientos que he expresado -particularmente en años recientes- acerca del impacto de la ciencia y de la tecnología sobre la vida moderna y acerca de las amenazas al futuro del hombre provenientes del desequilibrio global, político y social y el desastre ambiental. Preferiría considerar estos pensamientos como una filosofía de naturaleza visionaria. No son en ningún sentido directo verdaderos o falsos. Pero tampoco son «meras expresiones de actitudes emocionales». Son esfuerzos por entender el significado de los hechos que tenemos constantemente presentes debido tanto a la observación personal, como a los medios de comunicación y que a la gente reflexiva causan perplejidad y angustia. Tales esfuerzos no son tanto una pesquisa de información y conocimiento, como una búsqueda de orientación en el mundo, de una perspectiva que nos permita ver las cosas en sus proporciones correctas y, ocasionalmente, también valorarlas como buenas o malas.

10. *Muchos filósofos del derecho interesados en la teoría de la argumentación opinan que las reglas lógicas son demasiado estrechas o demasiado estrictas para ser capaces de dar cuenta de muchos argumentos «sanos» o «razonables», especialmente en los contextos jurídicos, por ejemplo, argumentos usados para la justificación de las decisiones judiciales. De ahí que traten de elaborar reglas nuevas y más liberales para el control racional de tales argumentos; esto parece implicar un concepto más amplio de racionalidad («Lo racional como razonable» es el título de un libro recientemente aparecido de un filósofo del derecho que pertenece a esa tendencia). Un desarrollo similar puede observarse entre los que trabajan en el campo de la inteligencia artificial, quienes han elaborado diversos sistemas de lógicas no monotónicas. ¿Qué nos puedes decir sobre estos desarrollos?*

-Posiblemente no conozca esos desarrollos suficientemente bien como para tener una opinión definida sobre ellos. Ellos también son síntomas de una tendencia a trascender los límites tradicionales de la lógica en los intentos de dar cuenta de la argumentación jurídica. Pero al relajar las pautas de racionalidad en lugar de abandonar la exigencia de valores de verdad, tales desarrollos pueden correr el riesgo de relajar también las pautas de rigor y precisión que me parece esencial mantener. Tal vez yo sea «anticuado», pero no puedo evitar la impresión de que el pensamiento analítico en la filosofía en general y no menos en la

filosofía jurídica y moral ha perdido algo de sobriedad y exigencia de claridad que era su característica a comienzos y mediados del siglo. El filósofo analítico a quien aprendí a admirar como parangón de honestidad intelectual era G. E. Moore. Vale la pena todavía seguir su ejemplo.